RECHTSFÄHIGKEIT
UND HANDLUNGSFÄHIGKEIT
DES JUNGEN MENSCHEN
IM BEREICH DER FREIHEITSRECHTE

- Eine grundrechtsdogmatische Untersuchung -

Ulrich Höhnberg

1972

RECHTSFÄHIGKEIT UND HANDLUNGSFÄHIGKEIT DES JUNGEN MENSCHEN IM BEREICH DER FREIHEITSRECHTE

- Eine grundrechtsdogmatische Untersuchung -

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Ulrich Höhnberg

1972

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- München 23, Belgradstraße 11

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent: Professor Dr. Hans F. Zacher
Korreferent: Professor Dr. Dr.h.c. Murad Ferid

Tag der mündlichen Prüfung: 9. Februar 1972

Meiner lieben Frau,
meiner verehrten Mutter
und meinem Großvater
in Dankbarkeit

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Inhaltsverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	XVIII
Einleitung: Fragestellung und Gang der Untersuchung	1
ALLGEMEINER TEIL:	3
A. Die subjektive Zuordnung von Freiheitsrechten	3
I. Die Grundrechtsnormen als Quelle subjektiver Rechte	3
1. Die Anerkennung von Grundrechten durch den Verfassungsgeber	3
2. Objektive Norm und subjektives Recht	4
3. Der Doppelcharakter der Grundrechte	5
II. Die Freiheitsrechte als verfassungsmäßig geschützte Rechtspositionen des Einzelnen	6
1. Freiheitsrechte als Rechte des Einzelnen "an" der gewährleisteten Freiheitssphäre?	6
2. Die Freiheitsrechte als Rechtspositionen des Einzelnen	7
3. Die Zusammensetzung der grundrechtlich geschützten Positionen des Einzelnen	8
III. Die Abwehransprüche	10
1. Rechtspflicht und Anspruch	10
2. Die Notwendigkeit von klagbaren Abwehransprüchen im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes	10
3. Die Entstehung der Abwehransprüche	12

Seite

4. Inhalt und Arten der Abwehransprüche 14

IV. Die Freiheitsrechte als "subjektive öffentliche Rechte" 15

B. Das aktuelle Zustehen von Freiheitsrechten und die Grundrechtsfähigkeit 18

I. Das aktuelle Zustehen von Freiheitsrechten 19

1. Die Abhängigkeit von subjektiven Eigenschaften 19
a) Staatsangehörigkeit 20
b) sonstige "persönliche Gewährleistungsschranken" 20

2. Das Vorliegen des geschützten Interesses beim Einzelnen als Voraussetzung für das aktuelle Zustehen von Freiheitsrechten 21
a) Die Abhängigkeit der aktuellen Grundrechtsträgerschaft von der natürlichen Handlungsfähigkeit 22
b) Die Abhängigkeit der aktuellen Grundrechtsinhaberschaft von sachlichen Substraten 23

Exkurs: Freiheitsrechte und Sozialstaatsprinzip 24

3. Kinder als Inhaber von Freiheitsrechten 26
a) Die Entwicklung der menschlichen Interessefähigkeit als Voraussetzung für das aktuelle Zustehen von Freiheitsrechten 26
b) Auseinandersetzung mit Einwänden 28

II. Die Grundrechtsfähigkeit 29

1. Grundrechtssubjektivität und Grundrechtsfähigkeit 30

Seite

a) Die Grundrechtsfähigkeit als rechtstechnische Zweckschöpfung 30
b) Grundrechtsfähigkeit und Parteifähigkeit im Verfassungsbeschwerdeverfahren 32

2. Grundrechtsfähigkeit und "allgemeine" Rechtsfähigkeit nach § 1 BGB 33
a) Die Rechtsfähigkeit nach § 1 BGB als privatrechtliche Voll-Rechtsfähigkeit 33
b) Der rechtsethische Gehalt der generellen Rechtsfähigkeit 33

III. Die partielle Grundrechtsfähigkeit des nasciturus 37

1. Der nasciturus als Inhaber der Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) 37
a) Gegenstimmen 37
b) Die Schutzbedürftigkeit des nasciturus als Grund für die Zuerkennung der Grundrechte des Art. 2 II 1 GG 38

2. Die Teil-Rechtsfähigkeit des nasciturus im Privatrecht und im Verfassungsrecht 39
a) Die These von Wolf und Naujoks: Der nasciturus ist rechtsfähig 40
b) Die höchstrichterliche Rechtsprechung betreffend die Rechtsfähigkeit des nasciturus 40
c) Die Teil-Rechtsfähigkeit des nasciturus im Privatrecht (insbes. die Ansicht von Fabricius) 42
d) Die Teil-Rechtsfähigkeit des nasciturus im Verfassungsrecht 45

C. Die Interessenwahrnehmung durch gesetzliche Vertreter im Bereich der Freiheitsrechte 46

Seite

I. Die Notwendigkeit der Interessenwahrnehmung durch Vertreter als Grund für die Unterscheidung von Rechtsfähigkeit und rechtlicher Handlungsfähigkeit 47

1. Das Erfordernis der Interessenverfolgung durch Vertreter 47

2. Das Verhältnis der Rechtsfähigkeit zur Handlungsfähigkeit im natürlichen und im juristischen Sinne 49

a) Die Entstehung der Begriffe "Rechtsfähigkeit" und "Handlungsfähigkeit" 49

b) Das Verhältnis von Rechtsfähigkeit, aktuellem Zustehen von Rechten und natürlicher Handlungsfähigkeit 50

II. Die unterschiedliche Möglichkeit der Interessenwahrnehmung durch Vertreter bei den einzelnen Typen von Freiheitsrechten 51

1. Die "Ausübung" von Rechten 52

2. Die Beteiligung von Eltern und Vormund bei der Wahrnehmung von Freiheitsrechten des Minderjährigen 52

a) Rechtsgeschäftliche Handlungen 53

b) Verfahrensrechtliche Handlungen 53

c) Realhandlungen 53

3. Die Unvertretbarkeit bei bestimmten Typen von höchstpersönlichen Freiheitsrechten 54

a) Die Unvertretbarkeit bei den Verhaltensfreiheiten 55

b) Die Höchstpersönlichkeit von Gewissensentscheidungen 55

c) Die Einwirkung der Sorgeberechtigten auf den Gebrauch unvertretbarer Freiheitsrechte 56

Seite

d) Die Vertretung bei der verfahrensrechtlichen Geltendmachung von Abwehransprüchen 57

D. Der Grundrechtsschutz des Minderjährigen gegenüber Maßnahmen seiner gesetzlichen Vertreter 57

I. Kritik der Auffassungen, die von einer "Kollision" der Grundrechte des Minderjährigen mit dem Elterngrundrecht des Art. 6 II GG ausgehen 59

1. Die Ansicht von Hildegard Krüger 59

2. Die Meinung von Dürig 60

3. Kritik dieser Auffassungen 60

II. Das Recht des jungen Menschen auf Erziehung 62

1. Die Erziehungsbedürftigkeit des Minderjährigen 62

2. Die Ableitung des Rechtes auf Erziehung 63

a) Der Erziehungsanspruch gegenüber den Eltern 64

b) Der Erziehungsanspruch gegenüber der staatlichen Gemeinschaft 64

III. Das Verhältnis der Befugnisse der gesetzlichen Vertreter zu den Grundrechten des Minderjährigen 66

1. Der Wandel der Vorstellungen über die elterliche Gewalt 66

2. Die rechtliche Stellung der Eltern 67

a) Die Rechtsposition der Eltern gegenüber dem Kinde 67

b) Die Rechtsposition der Eltern gegenüber dem Staate 68

3. Erziehungsrecht und Freiheitsrechte des Minderjährigen 69

Seite

a) Einwirkung der Faktizität auf die Normativität über die "Natur der Sache" 69
b) Fürsorge und Erziehung als Bestandteile der freien Entfaltung der Persönlichkeit des jungen Menschen 70

4. Die Notwendigkeit einer Fremdbestimmung durch Eltern und Vormund in den durch Freiheitsrechte geschützten Lebensbereichen 71
a) Die Maßgeblichkeit des Willens der gesetzlichen Vertreter 72
b) Bindung der gesetzlichen Vertreter an das Wohl des Kindes 73

IV. Der Grundrechtsschutz des Kindes vor Mißbrauch der elterlichen Gewalt 74

1. Die Drittwirkungsproblematik 74

2. § 1666 BGB als unbestimmter Rechtsbegriff 76

3. Anwendung des § 1666 BGB ohne Verschulden 77

4. Verhältnis des Verfahrens nach § 1666 BGB zur Grundrechtsmündigkeit 80
a) Maßregeln nach § 1666 BGB als Akte bevormundender Fürsorge 80
b) Erweiterungsvorschlag de lege ferenda 80

5. Kein Antragsrecht des Kindes im Verfahren nach § 1666 BGB 81

V. Der Grundrechtsschutz des Mündels gegenüber dem Vormund 82

1. Die Bestellung des Vormunds als Elternersatz 82

2. Rechtsstellung des Vormunds und Rechtsnatur der Vormundschaft 83

3. Schutz der Grundrechte des Mündels 85

Seite

E. Das Problem der Grundrechtsmündigkeit 86

I. Die Fragestellung 87

1. Die Wahrnehmung von Freiheitsrechten durch gesetzliche Vertreter 87

2. Der Eintritt der Selbstbestimmung 87

II. Die Bestimmung der Grundrechtsmündigkeit 88

1. Bestimmung der Grundrechtsmündigkeit aus einfachem Gesetzesrecht? 88

2. Der Weg zur Bestimmung der Grundrechtsmündigkeit von der Verfassung her 89

a) Die im GG genannten generellen Altersgrenzen 90

b) Die Garantie des Elternrechts auf Pflege und Erziehung der Kinder 92

c) Berücksichtigung der Sachgesetzlichkeiten 93

III. Funktion und Begriff der Grundrechtsmündigkeit 95

1. Funktionen der Grundrechtsmündigkeit für das materielle Recht 95

a) Kriterium für die verfassungskonforme Auslegung der Vorschriften des Kindschaftsrechts 95

b) Maßstab für die Erfassung verfassungswidriger Normen des Kindschaftsrechts 96

c) Anhaltspunkte für Mündigkeitsregelungen de lege ferenda 96

2. Bedeutung der Grundrechtsmündigkeit für das Verfahrensrecht 96

3. Bestimmung des Begriffs der Grundrechtsmündigkeit 98

Seite

IV. Teilmündigkeiten des jungen Menschen im Bereich der Freiheitsrechte 99

1. Die Idealgestalt einer abgestuften Mündigkeit durch partielles Erlöschen der elterlichen Gewalt 99

2. Die Standardisierung der Geschäftsfähigkeit im Bereich des Vermögensrechts 100

a) Verfassungsmäßigkeit der §§ 106 ff. BGB 101

b) Forderungen de lege ferenda 102

c) Partielle Geschäftsfähigkeit 103

3. Teilmündigkeiten im Bereich der Freiheitsrechte 103

a) Gesetzliche Regelung 104

b) Verfassungskonforme Interpretation und analoge Anwendung bestehender Mündigkeitsregelungen 105

c) Richterliche Rechtsfortbildung 105

BESONDERER TEIL 107

1. Abschnitt: Grundrechte, die an Stelle des jungen Menschen von gesetzlichen Vertretern wahrgenommen werden können 107

A. Grundrechte, die der Fremdbestimmung bis zum Eintritt der Volljährigkeit unterliegen 108

I. Art. 2 II 2; 104 GG: Das Recht der Aufenthaltsbestimmung und das Problem der Anstaltsunterbringung 108

1. Das Verhältnis von Art. 2 II 2 zu Art. 104 GG 108

Seite

2. Die Modifizierung der Art. 2 II 2; 104 GG beim erziehungsbedürftigen jungen Menschen 109
   a) Inhaberschaft 109
   b) Fremdbestimmung 109

3. Die Unanwendbarkeit der Art. 2 II 2; 104 GG auf freiheitsbeschränkende Erziehungsmaßnahmen der Personensorgeberechtigten 110
   a) Die Unterbringung durch die Eltern zu Erziehungszwecken 110
   b) Die Heimunterbringung zu Erziehungszwecken durch den Vormund 111
   c) Die Unterbringung durch staatliche Behörden (insbesondere die Fürsorgeerziehung) 114

4. Die Anstaltsunterbringung zu Heil- oder Sicherungszwecken 115
   a) Unterbringung durch die Eltern 115
   b) Unterbringung durch den Vormund 116

5. Die Kostentragung bei der Unterbringung erziehungsbedürftiger Minderjähriger 117

II. Art. 12 I GG: Bestimmung von Beruf und Schulbildung 118

1. Die Notwendigkeit der Mitbestimmung der Erziehungsberechtigten 119

2. Das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts bei Sorgerechtsmißbrauch 120

3. Vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen, welche die Schul- und Berufswahl betreffen 121

4. Der Einfluß der Unterhaltspflicht auf die Berufsfreiheit des Minderjährigen 123
   a) Der "angemessene Unterhalt" als begabungsgemäßer Unterhalt 123

Seite

b) Zumutbare Unterhaltslast und öffentliche Ausbildungsförderung 125

III. Art. 16 I GG: Die Entscheidung über die Staatsangehörigkeit minderjähriger Deutscher 126

1. Inhaberschaft und Fremdwahrnehmung 126

2. Die Teilmündigkeit nach den beiden Staatsangehörigkeits-Regelungsgesetzen als Ausnahmefall 127

3. Der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit durch Minderjährige 128

a) Die Entlassung eines unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft Stehenden aus der deutschen Staatsangehörigkeit (§ 19 RuStAG) 128

b) Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit durch den Erwerb einer ausländischen Staatsangehörigkeit (§ 25 RuStAG) 129

c) Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit durch Legitimation (§ 17 Nr. 5 RuStAG) 130

B. Grundrechte, bei denen Teilmündigkeiten vor Erreichen des Volljährigkeitsalters eintreten 130

I. Art. 2 II 1 GG: Die Einwilligung in die ärztliche Behandlung Minderjähriger 131

1. Die Fremdwahrnehmung des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit 131

2. Die mißbräuchliche Ausübung des körperlichen Sorgerechts durch die gesetzlichen Vertreter 132

a) Die Pflicht zur Einwilligung in eine zweckdienliche und gefahrlose Behandlung 133

Seite

b) Die Pflicht zur Einwilligung bei Lebensgefahr 134

3. Die Teilmündigkeit des jungen Menschen hinsichtlich der Bestimmung über seine körperliche Integrität 135

a) Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zur Operationseinwilligung Minderjähriger 135

b) Die Selbstbestimmung des einsichtsfähigen Minderjährigen über das höchstpersönlicheRechtsgut der körperlichen Integrität als Gebot des Art. 2 II 1 GG 136

c) Die Rechtsprechung zur Operationseinwilligung Minderjähriger als gesetzesergänzende Rechtsfortbildung 137

4. Die Entbehrlichkeit eines festen Standards 139

5. Gestaltungsmöglichkeiten de lege ferenda 140

6. Ärztliche Behandlung Minderjähriger und Unterhaltspflicht 142

II. Art. 9 III GG: Die Koalitionsfreiheit minderjähriger Arbeitnehmer 144

1. Inhaberschaft und Ausübung des Grundrechts der Koalitionsfreiheit 144

2. Die Argumentation aus § 113 BGB 145

3. Die Unzulänglichkeit der zivilrechtlichen Argumentation 148

4. Teilmündigkeit durch Eintritt in ein Arbeitsverhältnis 148

Exkurs: Die Stellung des Jugendlichen im Rahmen der Betriebsverfassung 150

III. Art. 103 I GG: Der Anspruch des Minderjährigen auf rechtliches Gehör 151

Seite

1. Inhaberschaft und Ausübung des Rechts auf Anhörung 152

2. Die selbständige Ausübung des Rechts auf Gehör durch Minderjährige 153
   a) Partielle Prozeßfähigkeit des Minderjährigen 153
   b) Die selbständige Ausübung des Rechts auf Gehör in Verfahren, die auf eine Freiheitsentziehung abzielen 154
   c) Die Ausübung des Rechts auf Gehör in Verfahren, die einen Interessenkonflikt zwischen gesetzlichem Vertreter und Kind betreffen 155

2. Abschnitt: Grundrechte, die der junge Mensch nur persönlich ausüben kann 156

I. Art. 4 I, II GG: Die Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit Minderjähriger 157

1. Aktuelles Zustehen und Ausübung von Grundrechten durch Minderjährige im Bereich des Art. 4 I, II GG 157

2. Die Vereinbarkeit der Altersgrenze für die Religionsmündigkeit (§ 5 RelKEG) mit dem Elternrecht (Art. 6 II GG) 158

3. Die Entscheidung über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht 160
   a) Das Verhältnis von § 5 RelKEG zu Art. 7 II GG 160
   b) Die Sonderregelungen einzelner Landesverfassungen 161

4. Der Schutz des Kindes vor Eintritt der Religionsmündigkeit durch vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen nach § 1666 I BGB 163

Seite

a) Der Mißbrauch des Rechts zur religiösen Erziehung 164
b) Die Berücksichtigung des Willens des Kindes vom vollendeten 12. Lebensjahr an 165

II. Die Verhaltensfreiheiten des Minderjährigen 167

1. Art. 5 I, II GG: Die Meinungs- und Informationsfreiheit 167
a) Die Meinungsäußerung als höchstpersönliche Handlung 167
b) Die Identität von "Innehaben" und "Ausübung" bei den Freiheitsrechten des Art. 5 I, 1 GG 168
c) Die "beschränkte" Grundrechtsmündigkeit des Minderjährigen im Bereich des Art. 5 I 1 GG 169
d) Auseinandersetzung mit der Gegenansicht Reuters 170

2. Die Meinungsfreiheit des Schülers 171
a) Das Verhältnis der Schulerziehung zum Elternrecht 171
b) Schranken der Meinungsfreiheit im Schulverhältnis 172
c) Die Pressefreiheit im Schulverhältnis 172

3. Art. 8 GG: Die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit Minderjähriger 174

4. Art. 17 GG: Die Ausübung des Petitionsrechts durch Minderjährige 175

Zusammenfassende Thesen 177

Literaturverzeichnis 181

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich v. 1.6.1811
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AFET	Allgemeiner Fürsorgeerziehungstag
AFG	Arbeitsförderungsgesetz v. 25.6.1969 (BGBl. I 582)
AG	Amtsgericht
AGJJ	Arbeitsgemeinschaft für Jugendpflege und Jugendfürsorge
AGJWG	Gesetz zur Ausführung des Gesetzes für Jugendwohlfahrt (Niedersachsen) v. 13.12.1962 (GVBl. 246)
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv für öffentliches Recht (Zeitschrift)
ArbuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
ARSPh	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BAG
BaWüVerf	Verfassung des Landes Baden-Württemberg v. 11.11.1953 (GBl. 173)
BayBS	Bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BayObLG in Zivilsachen
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVerfGHE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BayVGH (II: BayVerfGH)
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BEG	Bundesentschädigungsgesetz i.d.F. v. 29.6.1956 (BGBl. I 559)
Beschl.	Beschluß

BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz v. 11.10.1952 (BGBl. I 681)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896 (RGBl. 195)
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizer Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BGH in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BremVerf	Landesverfassung der freien Hansestadt Bremen v. 21.10.1947 (GBl. 251)
BSHG	Bundessozialhilfegesetz i.d.F. v. 18.9.1969 (BGBl. I 1688)
BSozG	Bundessozialgericht
BSozGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BSozG
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache (nach Wahlperiode u. Nr.)
BV	Verfassung des Freistaates Bayern v. 2.12.1946 (BayBS I 3)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BVerfG
BVerfGG	Gesetz über das BVerfG v. 12.3.1951 (BGBl. I 243)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BVerwG
BVG	Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges (Bundesversorgungsgesetz)
DAVorm	Der Amtsvormund (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBB	Deutscher Beamtenbund
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift)
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB v. 18.8.1896 (RGBl. 604)
EheG	Ehegesetz (Gesetz Nr. 16 des Kontrollrats) v. 20.2.1946 (KRABl. 77)
Einl.	Einleitung
Erl.	Erläuterung

ESVGH	Sammlung der Entscheidungen des hessischen und des baden-württembergischen VGH
f.	folgende Seite
FamRÄndG	Familienrechtsänderungsgesetz v. 11.8.1961 (BGBl. I 1221)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FE	Fürsorgeerziehung
FEH	Freiwillige Erziehungshilfe
Festschr.	Festschrift
ff.	fortfolgende Seiten
FGG	Gesetz über Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17.5.1898 (RGBl. 189)
Fußn. (Fn.)	Fußnote
GBl.	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949 (BGBl. 1)
GRe	Neumann/Nipperdey/Scheuner: "Die Grundrechte"
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HaftpflG	Reichshaftpflichtgesetz v. 7.6.1871 (RGBl. 207)
Hdb.	Handbuch
Hrsg.	herausgegeben
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
JAG	Bayerisches Jugendamtsgesetz v. 23.7.1965 (GVBl. 194)
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
JGG	Jugendgerichtsgesetz v. 4.8.1953 (BGBl. I 751)
JMBlNRW	Justizministerialblatt für Nordrhein-Westfalen
JöR	Jahrbuch für öffentliches Recht
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JWG	Gesetz für Jugendwohlfahrt i.d.F. v. 6.8.1970 (BGBl. I 1197)
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des KG in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Komm.	Kommentar

LAG	Lastenausgleichsgesetz i.d.F. v. 1.12.1965 (BGBl. I 1945)
Lb.	Lehrbuch
LG	Landgericht
LJWG	Bad.-württ. Landesjugendwohlfahrtsgesetz v. 9.7.1963 (GBl. 99)
LM	Nachschlagewerk des BGH, hrsg. v. Lindenmaier, Möhring u.a.
LuftVG	Luftverkehrsgesetz i.d.F. v. 4.11.1968 (BGBl. I 1113)
LVG	Landesverwaltungsgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MRK	Europ. Menschenrechtskonvention v. 4.11.1950 (Ges. v. 7.8.1952, BGBl. II 685)
n.F.	neue Fassung, neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRWVerf	Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen v. 28.6.1950 (GVBl. 127)
OLG	Oberlandesgericht
OLG-Rspr.	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
OVG	Oberverwaltungsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RdJ	Recht der Jugend (Zeitschrift)
Rdnr.	Randnummer
Recht	Das Recht (Zeitschrift)
RelKEG	Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Komm. z. BGB, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des RG in Strafsachen
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des RG in Zivilsachen
RhPfVerf	Verfassung für Rheinland-Pfalz v. 18.5.1947 (VBl. 209)
Rspr.	Rechtsprechung
RuStAG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz v. 22.7.1913 (RGBl. 583)

RVO	Reichsversicherungsordnung v. 19.7.1911 (RGBl. 509)
RWS	Recht und Wirtschaft der Schule (Zeitschrift)
RzW	Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht (Zeitschrift)
s.	siehe
S.	Seite
SaarlVerf	Verfassung des Saarlandes v. 15.12.1947 (ABl. 1077)
SchlHAnz.	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SozGG	Sozialgerichtsgesetz i.d.F. v. 23.8.1958 (BGBl. I 613)
StAZ	Das Standesamt (Zeitschrift)
StGB	Strafgesetzbuch v. 15.5.1871 (RGBl. 127)
StGH	Staatsgerichtshof
StPO	Strafprozeßordnung i.d.F. v. 17.9.1965 (BGBl. I 1374)
str.	streitig
StVG	Straßenverkehrsgesetz v. 19.12.1952 (BGBl. I 837)
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungsordnung i.d.F. v. 6.12.1960 (BGBl. I 898)
TVG	Tarifvertragsgesetz i.d.F. v. 25.8.1969 (BGBl. I 1323)
UJ	Unsere Jugend (Zeitschrift)
Urt.	Urteil
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VormG	Vormundschaftsgericht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung v. 21.1.1960 (BGBl. I 17)
WPflG	Wehrpflichtgesetz i.d.F. v. 28.9.1969 (BGBl. I 1773)
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches (Weimarer Reichsverfassung) v. 11.8.1919 (RGBl. 1383)
z.B.	zum Beispiel
ZBlJugR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt (Zeitschrift)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch v. 10.12.1907
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung i.d.F. v. 12.9.1950 (BGBl. 533)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSchwR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

EINLEITUNG:

FRAGESTELLUNG UND GANG DER UNTERSUCHUNG

Im Grundrechtskatalog des Bonner Grundgesetzes werden in den einzelnen Artikeln "alle Deutschen", "alle Menschen" oder "inländische juristische Personen" als Grundrechtssubjekte aufgeführt. Innerhalb des Kreises der natürlichen Personen trifft unsere Verfassung in ihren Grundrechtsartikeln keine Unterscheidung zwischen Volljährigen und Minderjährigen. Das Grundgesetz bekennt sich in seinem Art. 1 eindeutig zur Menschenrechtsidee, die auf der Vorstellung beruht, daß jedem Menschen gewisse angeborene Freiheitsrechte zustehen. Es stellt daher für die Zuordnung von Grundrechten grundsätzlich nur auf die Eigenschaft des Mensch-Seins ab. Demgemäß ist man sich darüber einig, daß die Grundrechte auch für Minderjährige gelten.

Die verfassungsrechtliche Gleichstellung der Minderjährigen ist schon deshalb erforderlich, weil die jungen Menschen denselben Beeinträchtigungen von Freiheit und Eigentum durch die öffentliche Gewalt ausgesetzt sein können wie die Erwachsenen und somit des Grundrechtsschutzes genauso bedürfen. Dennoch hat die Rechtsordnung ebenso wie im Privatrecht und Strafrecht auch im Bereich des Verfassungsrechts der geminderten Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen Rechnung zu tragen. Es soll daher die Frage untersucht werden, welche Modifizierungen sich auf Grund der Fürsorge- und Erziehungsbedürftigkeit des jungen Menschen in Bezug auf das aktuelle Zustehen und die Ausübung von Freiheitsrechten ergeben. Dabei wird insbesondere zu klären sein, inwieweit die von der Zivilrechtsdogmatik herausgearbeitete Unterscheidung zwischen Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit und das damit korrespondierende Institut der gesetzlichen Vertretung auch auf den Bereich der Freiheitsrechte übertragen werden können.

Zu diesem Zwecke soll zunächst der Frage nachgegangen werden, wie man sich dogmatisch die subjektive Zuordnung von Freiheitsrechten zu denken hat. Auf dieser Grundlage soll das aktuelle Zustehen dieser Rechte und die Grundrechtsfähigkeit sowie die Interessenwahrnehmung durch gesetzliche Vertreter im Bereich der Freiheitsrechte untersucht werden. Im Anschluß daran sind die Frage nach dem Schutz der Grundrechtssphäre des Kindes gegenüber Eltern und Vormund und die Frage nach der selbständigen Grundrechtsausübung durch den jungen Menschen, also das Problem der Grundrechtsmündigkeit, zu erörtern. Diese dogmatischen Überlegungen allgemeiner Art sollen schließlich in einem besonderen Teil an Hand der Anwendung auf einzelne Freiheitsrechte überprüft werden.

Zu den Freiheitsrechten werden dabei auch das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) sowie die verfassungsrechtlichen Garantien von Eigentum und Erbrecht (Art. 14 I GG) gezählt. Dagegen soll der allgemeine

Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) hier außer Betracht bleiben, weil diese Grundrechtsbestimmung weder die Freiheit von Handlungen noch den Schutz bestimmter Individualgüter gewährleistet, sondern ein allgemeines Prinzip der Gerechtigkeit darstellt. Der allgemeine Gleichheitssatz will keinen konkreten Lebensbereich schützen, sondern er stellt eine echte Generalklausel dar, deren Gehalt von Gesetzgebung und Rechtsprechung "erst für bestimmte Lebensverhältnisse unter Berücksichtigung der für sie jeweils geltenden Gerechtigkeitsgesichtspunkte" bestimmt werden muß. [1)]

1) BVerfGE 7, 377 (404); vgl. dazu auch Friedr. Müller: Normbereiche von Einzelgrundrechten, S. 14.

ALLGEMEINER TEIL

A. DIE SUBJEKTIVE ZUORDNUNG VON FREIHEITSRECHTEN

Bevor in die spezielle Erörterung der "Rechtsfähigkeit" und "Handlungsfähigkeit" im Bereich der Freiheitsrechte eingetreten werden kann, ist als Voraussetzung hierfür zunächst zu klären, wie man sich dogmatisch die subjektive Zuordnung von Freiheitsrechten zu denken hat. Welche Vorstellungen verbinden sich mit der Aussage, daß dem Einzelnen Freiheitsrechte als subjektive Rechte zustehen? Von welcher Art sind die Berechtigungen, die sich für den Einzelnen aus den Grundrechtsnormen unserer Verfassung ergeben?

I. Die Grundrechtsnormen als Quelle subjektiver Rechte

1. Die Anerkennung von Grundrechten durch den Verfassungsgeber

Nach dem Verständnis unserer Verfassung sind die Grundrechte in ihrem Kern dem Staat vorgegebene, ursprüngliche und unveräußerliche Menschenrechte.

Die Idee von dem "überstaatlichen" Charakter der Grundrechte[1] darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß die im Bonner Grundgesetz verbürgten Grundrechte ihre Geltung unmittelbar von der Rechtsetzungsgewalt des staatlichen Verfassungsgebers herleiten.[2] Die Grundrechte sollen in erster Linie dazu dienen, bestimmte Lebensbereiche des Einzelnen vor Beeinträchtigungen durch die öffentliche Gewalt zu sichern. Diese Aufgabe können sie nur dort erfüllen, wo sie zu - geschriebenen oder ungeschriebenen - Normen konkretisiert sind und wo ihre unmittelbare Geltung in einem Staate anerkannt wird. Die im Dezember 1848 von der deutschen Nationalversammlung in der Paulskirche feierlich verkündeten Grundrechte blieben bedrucktes Papier, weil der Staat fehlte, welcher sie anzuerkennen bereit war.[3]
Um ihre Wirksamkeit entfalten zu können, müssen die Grundrechte einen Prozess der Positivierung durchlaufen, in dem der Verfassungsgeber die "naturrechtlichen" und "überpositiven" Prinzipien in Gestalt von Verfassungsnormen aner-

---

1) Vgl. Maunz, Staatsrecht § 13 II 1 b (S. 90).
2) Walther W. Schmidt: Grundrechte u. Nationalität jur. Personen, S. 29.
3) Klenner: Studien über die Grundrechte, S. 37.

kennt und konkretisiert.[1]

2. Objektive Norm und subjektives Recht

Unter einem Grundrecht versteht man heute zum einen die objektive Norm als Bestandteil des positiven Verfassungsrechts und zum anderen die aus dieser Grundrechtsnorm fließende Berechtigung des Einzelnen.[2] Die Anschauung, daß die Grundrechte nicht nur Normen des objektiven Verfassungsrechts darstellen, sondern dem Einzelnen auch subjektive Rechte gegenüber der öffentlichen Gewalt gewähren, hat sich in der deutschen Staatsrechtswissenschaft erst in unserem Jahrhundert voll durchgesetzt.[3] Da die Grundrechte die bedeutsamste Gruppe der subjektiven öffentlichen Rechte bilden, ist diese Entwicklung nur im Zusammenhang mit der Entstehung der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht zu verstehen. Die Frage der Anerkennung subjektiver Rechte des "Untertanen" gegenüber den staatlichen Gewalten war in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts lebhaft umstritten. Die Schwierigkeit bestand vor allem darin, daß man sich den hoheitlich handelnden Staat nicht als Gewaltunterworfenen seiner eigenen Rechtsordnung vorzustellen vermochte.[4] Denn Grundrechte gegenüber dem Staat lassen sich nur innerhalb einer Rechts- und Staatsordnung denken, die den staatlichen Herrschaftsprozeß der Bindung durch rechtliche Schranken unterwirft.[5]
Erst die rechtstaatliche Auffassung von der Gebundenheit des Staates an seine Rechtsordnung[6] sowie die Vorstellung vom Staate als juristischer Person haben der Anerkennung subjektiver Rechts- und Pflichtverhältnisse in der hoheitlichen Beziehung zwischen Staat und Bürger den Weg bereitet.[7] Eine wichtige Triebkraft für die Anerkennung subjektiver öffentlicher Rechte bildete dabei der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

---

1) Walther W. Schmidt: Grundrechte u. Nationalität jur. Personen, S. 29; zur Konkretisierung der überpositiven obersten Rechtsgrundsätze vgl. Arthur Kaufmann: Analogie u. "Nat. d. Sache", S. 8 ff.

2) V. Mangoldt/Klein, GG Bd. I Vorbem. A VI (S. 79); Seiwerth, Verf. Beschw. S. 6 f.

3) Unter den namhaften Vertretern der dt. Staatsrechtswissensch., welche die Qualität der Grundrechte als subjektive Rechte verneinen, finden sich Otto Mayer (Dt. Verw. Recht Bd. I, S. 108) und Laband (Staatsrecht Bd. I, S. 138).

4) Rupp: Grundfragen, S. 104.

5) Seiwerth: Verf. Beschw., S. 4.

6) Forsthoff: Verw. Recht § 10, 3 (S. 177).

7) E.R. Huber: Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. I § 57 I 1 (S. 677).

Heute kann angesichts der Bestimmungen des Art. 19 IV GG und des § 90 BVerfGG kein Zweifel mehr daran bestehen, daß der Katalog der Grundrechte nicht nur objektives Verfassungsrecht enthält, sondern daß sich aus den Grundrechtsnormen auch subjektive Rechte ergeben, die für den Einzelnen durchsetzbar sind.

3. Der Doppelcharakter der Grundrechte

Im Hinblick auf diese zweifache Bedeutung hat man von einem "Doppelcharakter der Grundrechte"[1] gesprochen und dabei deren individualrechtliche Seite von der institutionellen Seite unterschieden. Die objektiv-institutionelle Betrachtungsweise faßt die Bedeutung der Grundrechte als "Grundelemente objektiver Ordnung des Gemeinwesens",[2] ihre soziale Funktion und ihren Standort im gesamten Verfassungsgefüge des demokratischen Rechtstaats ins Auge, während die individualrechtliche Betrachtungsweise das Augenmerk auf die Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte des Einzelnen richtet. Individualrechtliches und institutionelles Verständnis der Grundrechte ergänzen sich dabei gegenseitig.[3] Das institutionelle Verständnis der Grundrechte vermag aus der Sichtweise der Objektivität Erkenntnisse zu liefern, die sich vom Subjekt her allein nicht gewinnen lassen. Man denke etwa an die Interpretation der Strafvorschriften über den Landesverrat unter Berücksichtigung des für die freiheitliche Demokratie lebensnotwendigen Instituts "Freie Presse".[4] Auf der anderen Seite stellen die Freiheitsgrundrechte die rechtliche Voraussetzung für die Entfaltung individueller Freiheit im Staate dar.[5] Diese individualrechtliche Betrachtungsweise vermittelt uns das Verständnis für die Berechtigungen des Einzelnen, die sich aus den Grundrechtsnormen ergeben.

Eine Untersuchung über den Problemkreis der Rechtsfähigkeit und der Handlungsfähigkeit im Bereich der Freiheitsrechte, die sich mit dem "Innehaben" und der "Ausübung" von Grundrechten durch den Einzelnen befaßt, hat dabei naturgemäß von einer Betrachtung der Grundrechte als Individualrechte auszugehen.

---

1) Häberle: Wesensgehaltgarantie, S. 70 ff und S. 96 ff; Hesse: Verf. Recht § 9 II (S. 110).

2) So Hesse: Verf. Recht § 9 II (S. 110).

3) Häberle: Wesensgehaltgarantie, S. 96 ff.

4) Vgl. das "Spiegel"-Teilurt. BVerfGE 20, 162 (174 ff).

5) Franz L. Neumann bemerkt zutreffend, daß jede Staatstheorie, die vom Individuum ausgeht, mit dem negativen Freiheitsbegriff der Freiheit vom Staate arbeiten muß (ZgesStW 109 (1953) S. 27).

II. Die Freiheitsrechte als verfassungsmäßig geschützte Rechtspositionen des Einzelnen

Die einzelnen Grundrechtsnormen sprechen ihrem Inhalt nach jeweils eine Gewährleistung der Freiheit für bestimmte Lebensbereiche aus und verleihen dem Einzelnen entsprechende Berechtigungen. Im Folgenden soll nun untersucht werden, von welcher Art diese Berechtigungen sind.

1. Freiheitsrechte als Rechte des Einzelnen "an" der gewährleisteten Freiheitssphäre?

Von einzelnen Autoren, die von der Einteilung der subjektiven Rechte in Beherrschungsrechte, Ansprüche und Gestaltungsrechte[1] ausgehen, werden die Freiheitsrechte in die Kategorie der Beherrschungsrechte eingeordnet.[2] Damit werden die Freiheitsrechte dogmatisch den dinglichen Rechten des Privatrechts angeglichen. Man will offenbar in Anlehnung an die privaten dinglichen Rechte, die als Rechte "an" einer Sache verstanden werden, auch die Freiheitsrechte im subjektiven Sinne als Rechte des Einzelnen "an" dem jeweils gewährleisteten Freiheitsbereich ansehen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß Bereiche der persönlichen Freiheit gar keine tauglichen Objekte rechtlicher Zuordnung sein können. Im Gegensatz zu einer bloßen Sache ist der durch eine Grundrechtsnorm garantierte Freiheitsbereich des Individuums etwas, was sich einfach nicht vom Grundrechtssubjekt isoliert denken läßt, weil es schon immer notwendigerweise mit ihm verbunden ist. Leben, Gesundheit und Freiheit sind Zustände und Eigenschaften der Person, die zwar vom Recht anerkannt und geschützt, aber nicht mehr zugeordnet werden können.[3] Insofern wäre eine subjektive Zuordnung der verfassungsmäßig geschützten Freiheitsbereiche überflüssig. Damit erweist sich der Weg, die Freiheitsrechte als "Beherrschungsrechte" aufzufassen, als nicht gangbar.

---

1) Vgl. Enneccerus/Nipperdey: Allg. Teil § 73 I (S. 440 ff).

2) So z.B. Bachof in: W. Jellinek - Gedächtnisschrift, S. 293; H.J. Wolff: Verw.Recht I § 43 I a 1 (S. 263).

3) Georg Jellinek (System, S. 102 f, Fn. 2) bezeichnet es als "unhaltbare Theorie", daß "Qualitäten der Persönlichkeit zugleich Objekt ihrer Rechte sein können".

2. Die Freiheitsrechte als Rechtspositionen des Einzelnen

Die Aufgabe des Rechts kann immer nur darin bestehen, eine Ordnung zwischen Menschen zu schaffen.[1] Selbst dort, wo das Recht die Zuordnung von Gütern regelt, geschieht das nicht, um etwa eine rechtliche Verknüpfung zwischen Mensch und Sache im Sinne eines Rechtsverhältnisses[2] zu schaffen, sondern nur deshalb, um die Herrschaftsbereiche der einzelnen Menschen gegeneinander abzugrenzen. Die Rechtsordnung kann sich zur Regelung des menschlichen Zusammenlebens nur des verbindlichen Befehles bedienen.[3] Deshalb wendet sie sich mit ihren Imperativen immer an den Menschen.[4] So wird etwa das Eigentum einer Person an einer Sache vom Recht in der Weise garantiert, daß es allen übrigen Personen die Verpflichtung auferlegt, sich grundsätzlich jeder Einwirkung auf die in fremdem Eigentum stehende Sache zu enthalten.[5] Die Beherrschung und der Genuß der Sache selbst wird durch das Recht zwar geschützt, aber nicht gewährt.[6] Die Grundrechtsnormen wenden sich mit ihren Imperativen an den Staat und die sonstigen Träger öffentlicher Gewalt, indem sie diesen ganz bestimmte Verpflichtungen auferlegen. Die Grundrechtsnormen verbieten es dem Staate, bei Maßnahmen, die Leben, Gesundheit, Freiheit und Eigentum seiner Bürger berühren, die von der Verfassung gezogenen Grenzen zu überschreiten. Auf diese Weise ergeben sich für den Einzelnen ganz konkrete, durch ein Bündel normativer "Enthaltungspflichten" des Staates umrissene Rechts-

---

1) Nawiasky: Allg. Rechtslehre § 12 A 1 (S. 172).

2) Als Rechtsverhältnis wird von der herrschenden Zivilrechtsdogmatik ein vom objektiven Recht bestimmtes Lebensverhältnis bezeichnet, "das in einer rechtswirksamen Beziehung einer Person zu anderen Personen oder zu Gegenständen (Sachen oder Rechten) besteht". So Enn./Nipperdey: Allg. Teil § 71 I (S. 427); ähnlich von Thur § 5 I (S. 123 f); Stein/Jonas/Pohle: Anm. II 1 zu § 256 ZPO. Dagegen werden die Rechtsverhältnisse als Beziehungen ausschließlich zwischen Personen betrachtet von Savigny, System Bd. I § 52; Bierling, Kritik Bd. II, S. 128 f; Stammler: Wirtschaft u. Recht, S. 658; ebenso Ule, Verw. Prozessrecht § 32 II 4 a (S. 104).

3) Tammelo: Untersuchungen, S. 62 ff; Nawiasky: Allg. Rechtsl., S. 8 ff.

4) Thon: Rechtsnorm u. subj. Recht, S. 3; vgl. a. Kelsen: Nipperdey-Festschr. Bd. I, S. 69.

5) Nawiasky: Allg. Rechtsl. § 11 Nr. 14 (S. 164); Engisch: Einführung, S. 26.

6) Thon: Rechtsnorm u. subj. Recht; S. 288 ff; grundlegend v. Ihering: Geist d. röm. Rechts Bd. III § 61: "Rechte sind recht. geschützte Interessen".

positionen.[1]

Diese verfassungsmäßig geschützten Rechtspositionen resultieren daraus, daß die Grundrechtsnormen der Verfassung den Trägern öffentlicher Gewalt im Interesse der Freiheit des Einzelnen Enthaltungspflichten in Bezug auf bestimmte Individualgüter auferlegen. Diese Individualgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit in ihren mannigfaltigen Ausprägungen und Eigentum werden dadurch zu rechtlich geschützten Interessen oder - was gleichbedeutend ist - zu Rechtsgütern erhoben. Denn was objektiv gesehen als Rechtsgut erscheint, stellt sich subjektiv, aus der Sicht des Individuums, als rechtlich geschütztes Interesse dar.[2]

3. Die Zusammensetzung der grundrechtlich geschützten Positionen des Einzelnen

Jede durch ein Freiheitsgrundrecht gewährleistete Rechtsposition des Einzelnen setzt sich also aus zwei Komponenten zusammen, nämlich

a) aus dem geschützten Rechtsgut (Interesse) und

b) aus den Verhaltenspflichten des Staates und der sonstigen Träger öffentlicher Gewalt in Bezug auf dieses Rechtsgut.[3]

Diese beiden Elemente stehen nicht zusammenhanglos nebeneinander, sondern sind unauflöslich miteinander verbunden. "Das soziologische Faktum eines menschlichen Bedürfnisses kann nur dann rechtlich relevant werden, wenn eine Rechtsnorm ihm Rechnung zu tragen gebietet".[4] So wird ein Gegenstand menschlichen Interesses in der Sozialwelt dadurch zum Rechtsgut erhoben, daß er zum Anknüpfungspunkt von Rechtspflichten gemacht wird. Erst wenn in Bezug auf ein solches Gut durch Rechtsnormen bestimmte Verhaltenspflichten statuiert worden sind, kann von einem "rechtlich geschützten" Interesse gesprochen werden.

---

1) Rupp: Grundfragen, S. 162; Engisch: Einführung, S. 26: "Unter diesem Gesichtswinkel ist also die Gewährung subjektiver Rechte im Grunde eine facon de parler für eine besonders geartete Konstellation von Imperativen".

2) So Georg Jellinek: System, S. 43; vgl. auch Heck: Begriffsbildung, S. 47.

3) Vgl. auch Dürig in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 1 III GG Rdnr. 96 Fn. 2: "In dogmatischer Hinsicht ist klarzustellen, daß Anspruchsobjekt (d. Grundrechte als subj. Rechte) nicht etwa mein Leben, die mir zu Eigentum gehörende Sache, meine Meinung usw. ist, sondern das Verhaltensollen (Tun oder Unterlassen) des Anspruchsverpflichteten in Bezug auf mein Leben, meine Sache, meine Meinung".

4) So Evers: AöR 90 (1965), S. 96.

Andererseits sind diese Rechtspflichten aber auch auf ganz reale Rechtsgüter bezogen. Es ist keineswegs so, daß sich das "Rechtsgut" bloß "in ein Bündel normativer Rechtspflichten auflöst", [1] sondern das jeweilige Rechtsgut ist ebenso wesensnotwendig ein konstitutives Element der rechtlich geschützten Position des Einzelnen. Von dem zu schützenden Rechtsgut her erhält die Verpflichtung des Staates zum Unterlassen von Eingriffen erst ihren eigentlichen Sinn.
Die meisten durch die Grundrechtsbestimmungen geschützten Interessen des Einzelnen sind zugleich auch durch die Normenkomplexe des Strafrechts und des Deliktrechts gegenüber den anderen Rechtsgenossen mit umfassendem Schutz ausgestattet. Die verfassungsmäßig gewährleisteten Individualinteressen bilden einen großen Teil der Rechtsgüter des StGB und sie tauchen als sog. absolute Rechte, die Schutz gegenüber jedermann genießen, in § 823 I BGB ebenfalls wieder auf. [2]
Es hat sich also gezeigt, daß die Grundrechtsnormen dadurch, daß sie den Trägern öffentlicher Gewalt Unterlassungspflichten in Bezug auf bestimmte Individualgüter auferlegen, dem Einzelnen geschützte Rechtsstellungen einräumen. [3]
Im Falle der Beeinträchtigung stellen diese Rechtspositionen jeweils das Substrat für mögliche Abwehransprüche dar. [4]
Geiger[5] unterscheidet bei den Grundrechtsbestimmungen die "Primärnormen" als die Anerkennung der allseitig geschützten höchstpersönlichen subjektiven

---

1) So aber Rupp: Grundfragen, S. 224 f. Wenn Rupp zur Begründung dieser These auf die Wandlungen der neueren Straf- u. Zivilrechtslehre vom "Rechtsgutsdenken" hin zur Betonung der Pflichtwidrigkeit verweist (a.a.O., S. 225 ff) so gewinnt er damit nicht an Überzeugungskraft. Denn auch für eine stärker an der Pflichtenstellung orientierte Straf- u. Deliktsrechtsdogmatik bildet die Rechtsguts- oder Interessenverletzung auch weiterhin den Anknüpfungspunkt für die Rechtswidrigkeit. Der in der Pflichtverletzung liegende "Verhaltensunwert" tritt nur als weiteres Unrechtselement neben den "Erfolgsunwert" der Rechtsgutsverletzung (vgl. Maihofer: Rittler-Festschrift, S. 155 ff).

2) Besonders deutlich wurde die Parallelität der grundrechtlich geschützten Rechtsgüter mit denen des Deliktsrechts durch die Rechtsprechung des BGH zum "allgemeinen Persönlichkeitsrecht"; vgl. BGHZ 13, 334 (338); 24, 72 (76 f).

3) Menger, in: Die Grundrechte Bd. III/2, S. 749.

4) Wolff: Verwaltungsrecht I § 43 III d (S. 273); Mansfeld: Der publizistische Reaktionsanspruch und sein Rechtsschutz im Herzogtum Braunschweig (1895) S. 14-16.

5) Geiger: Die Wandlung der Grundrechte, in: Gedanke und Gestalt des demokratischen Rechtsstaates, S. 14 ff.

Rechte, die der Gesamtrechtsordnung angehören (vgl. § 823 I BGB), von den "Sekundärnormen", welche die negatorischen Abwehransprüche des Bürgers gegen den Staat gewähren.

III. Die Abwehransprüche

1. Rechtspflicht und Anspruch

Während im Privatrecht, das vornehmlich dem Ausgleich gleichrangiger Individualinteressen dient, der Verpflichtung des einen fast immer ein Anspruch des anderen entspricht, korrespondiert im öffentlichen Recht durchaus nicht jeder Verpflichtung eines Hoheitsträgers auch eine Berechtigung des Einzelnen.[1] Die Rechtsordnung besteht aus Normen, die jeweils ein bestimmtes Verhalten als gesollt statuieren[2] und damit Rechtspflichten begründen.[3] Während also jeder Rechtsnorm eine Rechtspflicht entspricht, kann daraus ein Anspruch des Einzelnen nur in den Fällen abgeleitet werden, wo die Sanktion dieser Rechtspflicht durch den Willen der begünstigten Person bedingt ist.[4] Daraus folgt, "daß Anspruch und Pflicht keine Korrelatbegriffe ... sind, sondern daß es wohl niemals einen Anspruch ohne Pflicht, wohl aber Pflichten ohne Anspruch geben kann".[5]

2. Die Notwendigkeit von klagbaren Abwehransprüchen im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes

Was die Grundrechte anbelangt, so ist man sich heute in Lehre und Rechtsprechung einig darüber, daß der Einzelne Abwehransprüche geltend machen kann, wenn ein staatliches Organ widerrechtlich in eine seiner Grundrechtspositionen eingegriffen hat. Diese Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegenüber

---

1) Wolff: Verw. Recht I § 43 I b 1 (S. 262).
2) Kelsen: Nipperdey-Festschrift, S. 69; Nawiasky: Allg. Rechtsl. § 2 (S. 8).
3) Wolff: Verw. Recht I § 43 I a 1 (S. 263): "Das objektive Recht ... begründet ... in erster Linie Pflichten".
4) Nawiasky: Allg. Rechtsl. § 11 Nr. 12 (S. 162).
5) So Felix Somlo: Jur. Grundlehre § 126 (S. 444); ebenso Nawiasky: Allg. Rechtsl. § 11 Nr. 12 (S. 162); vgl. dazu auch Rupp: Grundfragen, S. 162 f Fn. 168 mit weiteren Nachw.

den staatlichen Gewalten[1] hat das BVerfG in einer zu Art. 6 I GG ergangenen Entscheidung besonders deutlich hervorgehoben, indem es ausgeführt hat, diese Bestimmung würde ihrer Schutzwirkung weitgehend beraubt, "wenn nicht auch der Einzelne aus der objektiven Norm ein Abwehrrecht gegen störende und schädigende Eingriffe des Staates in seine Ehe und seine Familie herleiten könnte".[2] Das gilt entsprechend für sämtliche Freiheitsrechte.[3] Erst die Gewährung von Abwehransprüchen gegen ungerechtfertigte Beeinträchtigungen und deren Geltendmachung im Wege der verwaltungsgerichtlichen Klage und der Verfassungsbeschwerde ermöglichen es dem Einzelnen, sich staatlicher Eingriffe in seine verfassungsrechtlich verbürgte Freiheitssphäre selbst zu erwehren.
Schließlich ist auch die Eröffnung des Rechtsweges im Falle der Verletzung von Rechten des Einzelnen (insbesonders von Grundrechten) durch die öffentliche Gewalt in Art. 19 IV GG und § 90 BVerfGG ein Indiz dafür, daß derartigen Klagen auch materiellrechtliche Abwehransprüche zugrundeliegen.[4] Denn seiner Funktion nach stellt der Anspruch das einer Klage (actio) zugrundeliegende materielle "ius" dar.[5] Ein Anspruch ist das durch Klage verfolgbare Recht, von einem bestimmten Gegner ein Tun oder Unterlassen zu verlangen.[6]
Mag das Erfordernis der Klagbarkeit auch für gewisse zivilrechtliche Ansprüche

---

1) Vgl. z.B. BVerfGE 7, 198 (204 f); 13, 318 (325 f).

2) So BVerfGE 6, 386 (388).

3) Van der Ven (Soziale Grundrechte), S. 53 f definiert die Grundrechte als "Beschränkung der Staatsgewalt zugunsten der individuellen Freiheitssphäre ... die mit einem gerichtlich durchsetzbaren Rechtsanspruch ausgestattet sind".

4) Diesen Schluß von der "actio" auf das zugrundeliegende "ius" nach Art der Glossatoren schlägt Rupp vor (vgl. Grundfragen, S. 174 ff). Das setzt allerdings voraus, daß auch im öffentlichen Recht eine Klage in der Regel auf einem materiellrechtlichen Anspruch beruht, so daß etwa die verwaltungsgerichtlichen Klagen und die Verfassungsbeschwerde keine bloßen "Beanstandungsklagen" im Sinne der Konzeption Rudolf v. Gneists sind (Rechtsstaat, S. 271).

5) Vgl. dazu Enn./Nipperdey: Allg. Teil § 222 II (S. 1363 ff), § 222 III 2 (S. 1368) und § 225 I (S. 1376).
Windscheid (Die actio des röm. Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, 1856) hat den Begriff des Anspruchs geschaffen, indem er die actio des röm. Rechts von allen prozeßrechtlichen Elementen befreite.

6) Endemann, in: Hdwb. d. Rechtswissenschaft Bd. I, S. 216; Lehmann/Hübner: Allg. Teil § 13 I 1 u. 2 (S. 94 f).

noch umstritten sein,[1] im Bereich der Grundrechte sind jedenfalls aufgrund von Art. 19 IV GG alle in Betracht kommenden Ansprüche auch prozessual durchsetzbar.[2]

3. Die Entstehung der Abwehransprüche

a) Diese aus den Grundrechtsbestimmungen fließenden Ansprüche entstehen jeweils erst bei einer Beeinträchtigung der verfassungsmäßig geschützten Rechtspositionen des Einzelnen zur Abwehr des Eingriffs und sind nicht etwa so zu denken, daß für jedes Grundrecht ein Anspruch auf ein dauerndes Verhalten-Sollen des verpflichteten Staates in Bezug auf das je geschützte Rechtsgut besteht.[3] Ein derartiger "Dauer-Anspruch" auf Unterlassen von staatlichen Eingriffen in die jeweils geschützte Freiheitssphäre wäre viel zu unbestimmt, um überhaupt als Grundlage einer verwaltungsgerichtlichen Klage oder einer Verfassungsbeschwerde dienen zu können. Der im Wege des Rechts verfolgbare Anspruch ist stets konkret-aktuell.[4]
Solange der Staat die garantierte Freiheitssphäre des Einzelnen und dessen Rechtsposition achtet und nicht beeinträchtigt, besteht auch gar kein Bedürfnis nach einem Abwehranspruch. Es handelt sich hier um ein ähnliches Problem wie bei der zivilrechtlichen Streitfrage, ob man bei den sog. absoluten Rechten schon vor deren Verletzung einen Anspruch gegen jedermann auf Unterlassung annehmen könne.[5] Hier vermag das Argument, daß z.B. der Eigentümer, der einen zur erstmaligen Störung Entschlossenen zur Unterlassung auffordere, bereits einen Anspruch haben müsse,[6] nicht zu überzeugen. Denn sobald sich der Entschluß des potentiellen Störers objektiv manifestiert hat, liegt bereits eine Bedrohung des Eigentums vor, die einen klagbaren Unterlassungsanspruch begründet, während vorher ein Anspruch weder erforderlich noch nach Inhalt und Gegner hinreichend bestimmbar ist.[7]

---

1) Vgl. Enn./Nipperdey: Allg. Teil § 222 II 5 (S. 1367) mit w. Nachw.
2) Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog, Rdnr. 96 zu Art. 1 III GG.
3) In diesem Sinne aber Dürig: a.a.O., Rdnr. 96 Fn. 2 und Rdnr. 3 zu Art. 17 GG.
4) Georg Jellinek: System, S. 55.
5) Dafür hatte sich insbesondere Windscheid ausgesprochen; vgl. Windscheid/Kipp: Pandektenrecht Bd. I § 43, 1 (S. 156).
6) So Lehmann/Hübner: Allg. Teil § 13 III 1 (S. 97).
7) Georg Jellinek: System, S. 55; ebenso Thon: Rechtsnorm u. subj. Recht, S. 157 f u. S. 253. Mit Recht ist daher der "Anspruch gegen jedermann", der angeblich schon vor der Beeinträchtigung eines absoluten Rechts be-

Auch im Bereich der Grundrechte ist es so, daß ein Abwehranspruch erst durch die Verletzung oder Bedrohung der individuellen Rechtsposition im konkreten Fall "entsteht", d.h. klagbar wird. [1)]

b) Wenn hier davon ausgegangen wird, daß die Abwehransprüche bei tatsächlichen oder bei drohenden staatlichen Eingriffen in die durch die Freiheitsrechte garantierten Rechtspositionen entstehen, so ist weiter zu klären, wann von einem solchen Eingriff gesprochen werden kann.
Ein grundrechtsverletzender Eingriff liegt zweifellos immer dann vor, wenn ein Organ der vollziehenden oder rechtsprechenden Gewalt gegenüber dem Bürger eine ein Freiheitsrecht berührende Maßnahme trifft, die entweder gar nicht durch ein verfassungsmäßiges Gesetz gedeckt ist oder die auf einer Interpretation des Gesetzes beruht, welche mit der Verfassung nicht in Einklang steht.
Problematisch ist es dagegen, wann von einem Eingriff durch den Gesetzgeber gesprochen werden kann. Sicherlich wird der Einzelne beinahe jede gesetzliche Regelung als eine "Einschränkung" seiner Freiheit empfinden, soweit sie ihm Pflichten auferlegt. In diesem Sinne spricht auch das Grundgesetz bei den speziellen Gesetzesvorbehalten der Grundrechte von "Beschränkungen auf Grund eines Gesetzes", ohne daß der Bürger einen Anspruch auf Unterlassung derartiger Regelungen hätte. Den Gegenstand der verfassungsrechtlichen Freiheitsverbürgungen bildet nämlich nicht die sog. "natürliche", grundsätzlich unbegrenzte gedachte Freiheit, sondern durch die Grundrechte sollen ganz bestimmte und begrenzte Freiheitsbereiche gewährleistet werden, die dafür aber auch dem Gesetzgeber Schranken setzen. Daher greift der Gesetzgeber dann in verfassungswidriger Weise in grundrechtlich gewährleistete Freiheitsbereiche ein, wenn er die "wesensmäßigen Grundrechtsgrenzen", [2)] die durch die abgestuften Gesetzesvorbehalte bei den einzelnen Grundrechtsnormen in groben Zügen vorgezeichnet sind, überschreitet.

Fortsetzung der Fußn. 7) von S. 12:
steht, als eine "nicht nachprüfbare Erdichtung" bezeichnet worden (so Esser: Grundbegriffe, S. 163).

1) Vgl. Esser: a.a.O., S. 162; ähnlich schon Bühler: Subj. öffentl. Rechte, S. 65: "Unterlassungsrechte, die eine Abwehr bezwecken, kommen nur dann zur Entstehung, wenn eine Abwehr nötig ist, d.h. wenn ein Angriff erfolgt ist oder droht"; entsprechend für die Grundrechte, a.a.O., S. 152.

2) Vgl. dazu Häberle: Wesensgehaltgarantie, S. 222 ff. Die Aufgabe des Gesetzgebers kann immer nur darin bestehen, die wesensmäßigen Grundrechtsgrenzen zu konkretisieren. "Eingriffe" sind stets verfassungswidrig (so Häberle, a.a.O., S. 223).

4. Inhalt und Arten der Abwehransprüche

a) Die Ansprüche, die bei Verletzung oder Bedrohung der durch die Verfassung gewährleisteten Freiheitssphäre entstehen, können zunächst einmal Unterlassungsansprüche sein. Ein Unterlassungsanspruch kann jedenfalls dann geltend gemacht werden, wenn die objektiv vorliegenden Tatsachen dafür sprechen, daß weitere Beeinträchtigungen zu erwarten sind. Wo eine Bedrohung des grundrechtlich geschützten Freiheitsbereichs objektiv erkennbar geworden ist, kann gegebenenfalls auch ein vorbeugender Unterlassungsanspruch geltend gemacht werden; denn für den Fall, daß objektiv zu Tage tritt, wie eine grundrechtsverletzende Maßnahme von langer Hand vorbereitet wird, braucht der Bedrohte nicht bis zum tatsächlichen Eintritt der Verletzung zu warten.

b) In der Regel jedoch wird der Abwehranspruch nicht ein Unterlassen zum Gegenstand haben, sondern die Beseitigung des durch den Eingriff geschaffenen verfassungswidrigen Zustandes. Dieser Beseitigungsanspruch ist, ebenso wie der Anspruch auf Unterlassen weiterer Beeinträchtigungen, "rechtssystematisch aufs engste mit dem zivilrechtlichen Anspruch nach § 1004 BGB verwandt".[1] Primär wird der Beseitigungsanspruch darauf gerichtet sein, etwa einen beeinträchtigenden rechtswidrigen Verwaltungsakt aufzuheben[2] oder eine Norm, die Grundrechte verletzt, für nichtig zu erklären.[3] Es können jedoch auch noch sekundäre Folgen der verfassungswidrigen Maßnahme fortbestehen, die darüber hinaus einen besonderen Folgenbeseitigungsanspruch erforderlich machen.

c) Diese Abwehransprüche entstehen unmittelbar als eine Folge aus der jeweiligen Grundrechtsverletzung, ohne daß es dazu einer weiteren gesetzlichen Normierung bedürfte.[4] Bettermann[5] hat hierfür den ungeschriebenen Grund-

---

1) So Rupp: Grundfragen, S. 254.

2) Rupp weist darauf hin, daß das Verwaltungsgericht nur aus prozeß- und vollstreckungsökonomischen Gesichtspunkten den angefochtenen rechtswidrigen Verwaltungsakt selbst aufhebt (§ 113 I 1 VwGO) und nicht den Gegner zur Aufhebung verurteilt. Daher wäre es verfehlt, von der sog. Gestaltungswirkung des Aufhebungsurteils etwa auf ein materielles Gestaltungsrecht des Anfechtungsklägers zu schließen. Der Anfechtungsklage liegt materiellrechtlich ein auf Aufhebung abzielender Beseitigungsanspruch zugrunde.

3) Vgl. z.B. § 95 III BVerfGG.

4) Vgl. dazu Bettermann: DÖV 1955, S. 528 ff (S. 536).

5) Bettermann: a.a.O. und in: Die Grundrechte Bd. III/2, S. 779 ff (804), dort unter Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG).

satz formuliert: "Wenn der Staat oder ein anderer Träger öffentlicher Gewalt in deren Ausübung jemanden in seiner Rechtsstellung widerrechtlich beeinträchtigt, so hat er die Beeinträchtigung zu beseitigen und weitere Beeinträchtigungen zu unterlassen". Der Staat hat den rechtswidrigen Eingriff in die Freiheitssphäre durch Aufhebung der belastenden Verwaltungs-, Justiz- oder Gesetzgebungsakte wieder rückgängig zu machen. Zur Beseitigung gehört dabei auch die Wiederherstellung des vor der Beeinträchtigung bestehenden Zustandes, soweit sie möglich ist.
Der formellen Durchsetzung dieser Abwehransprüche dient der Anspruch auf Rechtsschutzgewährung, der in Art. 19 IV GG positiviert ist.

IV. Die Freiheitsrechte als "subjektive öffentliche Rechte"

In den vorangehenden Ausführungen wurde dargelegt, daß die Grundrechtsnormen für den Staat und die anderen Träger öffentlicher Gewalt Enthaltungspflichten in Bezug auf bestimmte Individual-Rechtsgüter statuieren. Auf diese Weise werden dem Einzelnen verfassungsmäßig geschützte Rechtspositionen vermittelt, welche im Falle der Beeinträchtigung die Grundlage für mögliche Abwehransprüche bilden.
Man hat also zu unterscheiden zwischen der Rechtsposition, die dem Einzelnen durch eine Grundrechtsnorm eingeräumt wird und die ihm dauernd zusteht, und den bei einer Beeinträchtigung dieser Rechtsstellung vorübergehend entstehenden Abwehransprüchen. Diese Unterscheidung wird in der Literatur oft nicht mit hinreichender Deutlichkeit getroffen. Zahlreiche Unklarheiten terminologischer Art beruhen insbesondere darauf, daß sowohl die zugrundeliegende Rechtsstellung als auch die daraus folgenden Abwehransprüche als "subjektive öffentliche Rechte" bezeichnet werden.[1] Auf der einen Seite sind es die rechtlich geschützten Positionen, welche der Verfassungsgeber in Art. 19 IV GG und der Bundesgesetzgeber in § 42 II VwGO meinen, wenn sie davon sprechen, daß jemand "in seinen Rechten" verletzt wird. Andererseits sind - nach Georg Jellinek - erst "die Ansprüche, die sich aus diesen Zuständen ergeben ... das, was man als subjektive öffentliche Rechte bezeichnet".[2]

---

1) H.J. Wolff in: Festschrift f. Westfäl. Akademie (1950), S. 124.

2) Georg Jellinek: System, S. 86; auch Dürig setzt anscheinend subjektives Recht mit Anspruch gleich (vgl. Maunz/Dürig/Herzog, Rdnr. 96 zu Art. 1 III GG).

Der Begriff "subjektives Recht" wird heute - mit geringfügigen Abweichungen[1] - fast einhellig definiert als die von der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt zur Wahrung seiner Interessen gewährte Rechtsmacht (Willensmacht).[2]

Speziell für das subjektive öffentliche Recht hat Ottmar Bühler folgende Definition herausgearbeitet: "Subjektives öffentliches Recht ist diejenige rechtliche Stellung des Untertanen zum Staat, in der er auf Grund eines Rechtsgeschäfts oder eines zwingenden, zum Schutze seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich der Verwaltung gegenüber soll berufen können, vom Staat etwas verlangen kann oder ihm gegenüber etwas tun darf".[3] Diese Definition enthält somit drei wesentliche Begriffselemente, welche die Voraussetzungen für das Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechts bilden, nämlich

a) zwingender Rechtssatz,

b) Bestimmung des Rechtssatzes zum Schutz von Individualinteressen und

c) Bestimmung dazu, daß sich der Einzelne dem Staate gegenüber darauf soll berufen können.

Von einem subjektiven öffentlichen Recht kann man also nicht schon dann sprechen, wenn eine an den Staat oder einen anderen Träger öffentlicher Gewalt adressierte Norm zum Schutze von Individualinteressen ergangen ist. Insoweit handelt es sich um einen bloßen "Reflex objektiven Rechts", so wie beispielsweise das Gebot, im Winter bei Glatteis die Bürgersteige zu streuen, den Fußgängern zugute kommt und ihrem Schutz dient. Wer "durch Normen geschützt" ist, ist deswegen noch nicht "berechtigt".[4] "Normenschutz (oder Rechtsbegün-

---

1) Vgl. Nawiasky: Allg. Rechtslehre § 11 Nr. 7 (S. 156): "Das subjektive Recht ist ... die Verfügungsmacht über den staatlichen Rechtsschutz zugunsten eines individuellen Interesses".

2) So z.B. Enn./Nipperdey: Allg. Teil § 72 (S. 429); Georg Jellinek: System, S. 44; Dürig in: Maunz/Dürig/Herzog, Rdnr. 34 zu Art. 19 IV GG. Es handelt sich um die Verbindung von Windscheids Willens- und Iherings Interessentheorie.

3) So bereits in: Bühler: Die subj. öffentl. Rechte (1914), S. 224, unverändert beibehalten in: Festg. f. Fritz Fleiner (1927), S. 36 in: W. Jellinek: Gedächtnisschrift (1955), S. 274.

4) Rechtstheoretisch wäre es durchaus denkbar, daß eine Rechtsordnung den Interessenschutz ausschließlich durch Verpflichtungsnormen vornimmt, ohne den Begünstigten die Berechtigung zur selbständ. Durchsetzung ihrer Interessen z. gewähren (Bachof, W. Jellinek-Ged. schrift), S. 299.

stigung) und subjektives Recht sind nicht identisch".[1] Es ist zwar eine unerläßliche Voraussetzung für das Bestehen eines subjektiven Rechts, daß die Rechtsordnung ein bestimmtes Gut bzw. Interesse in ihren Schutz nimmt. Dieser Schutz durch eine Norm des objektiven Rechts wird aber erst dadurch "zu einem Rechte des Geschützten, daß dieser zur Realisierung des Schutzes selbst mitberufen ist".[2] Erst durch die Gewährung von Ansprüchen, die ein Berechtigter im Klagewege durchsetzen kann, erhalten die rechtlich geschützten Positionen des Einzelnen die Qualität von subjektiven Rechten. Enneccerus-Nipperdey haben dies im Hinblick auf das Eigentum so ausgedrückt: "Der Rechtssatz, der mir Eigentum gibt, verbietet nicht nur anderen, mich in der Herrschaft über die Sache zu stören, sondern gibt zugleich mir die Herrschaft über die Sache in dem Sinne, daß ich selbst verlangen kann, in der Herrschaft nicht gestört zu werden".[3] Diese Befugnis zur selbständigen Durchsetzung der rechtlich geschützten Interessen ist als das Element der "Rechtsmacht" bzw. "Willensmacht" in die Definition des Begriffs "subjektives Recht" eingegangen. Subjektives Recht ist damit nicht gleichbedeutend mit Anspruch,[4] sondern subjektives Recht ist die Rechtsstellung, aus der heraus die einzelnen Ansprüche fließen.[5]
Neuerdings vertritt allerdings Henke[6] in seiner Untersuchung über das subjektive öffentliche Recht die Ansicht, daß im Verwaltungsrecht die Suche nach einer Rechtsstellung als Quelle von Abwehransprüchen überflüssig sei; er schlägt statt dessen vor, solche Ansprüche unmittelbar auf die Verwaltungsgesetze zu gründen.[7] Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden. Die unmittelbare Ableitung von Abwehransprüchen aus den einschlägigen Verwaltungsgesetzen wird bereits dort problematisch, wo die Verwaltung nicht auf Grund von Gesetzen tätig wird. Der von Henke vorgeschlagene Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze wird in solchen Fällen zumeist wenig geeignet sein, um dem Bürger einen konkreten Abwehranspruch in die Hand zu geben.

---

1) Enn./Nipperdey: Allg. Teil § 72 I 1 (S. 431).
2) So Thon: Rechtsnorm u. subj. Recht, S. 218.
3) Enn./Nipperdey: Allg. Teil § 30 III 2 (S. 200). Nawiasky (Allg. Rechtslehre § 15 Nr. 1, S. 202) sieht das Wesen des subjektiven Rechts darin, daß die Sanktion der durch die Rechtsnorm auferlegten Verpflichtung eines anderen zur Verfügung des Berechtigten gestellt wird.
4) Bachof (W. Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 293) erkennt zwar, daß auf der heutigen Gleichsetzung von subjektivem Recht und Anspruch manche Mißverständnisse beruhen, bezeichnet aber dennoch die Ansprüche als eine der Erscheinungsformen des subjektiven Rechts.
5) Lange: BGB - Allg. Teil § 11 II 2 b (S. 81), § 12 V 2 a (S. 92).
6) Wilhelm Henke: Das subjektive öffentliche Recht (Tübingen 1968).
7) Henke: Sub. öff. Recht, S. 99.

Zum anderen verlieren die von Henke vorgetragenen Thesen deshalb an Überzeugungskraft, weil er sich bei seiner Untersuchung auf das eigentliche Verwaltungsrecht beschränkt und die Grundrechte ausklammert.[1] Ein solcher Ausgangspunkt kann aber dem heutigen Verwaltungsrecht, das in allen Bereichen von den Grundrechten durchdrungen ist, nicht mehr gerecht werden. So steht beispielsweise bei nahezu jeder baurechtlichen Maßnahme die Rechtsposition des Art. 14 GG im Hintergrund, bei Verwaltungsakten auf dem Gebiet des Gewerberechts werden häufig die durch Art. 12 I u. 14 GG vermittelten Rechtsstellungen tangiert sein usw. Hans J. Wolff stellt daher zutreffend fest, daß es sich bei verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklagen "meist um die Geltendmachung einer unmittelbaren oder mittelbaren Verletzung der Grundrechte oder um die Verletzung der in den Verwaltungsgesetzen eingeräumten positiven oder negativen Rechtsstellung" handele.[2]
Als Ergebnis läßt sich somit festhalten:
Ein Freiheitsrecht im subjektiven Sinne ist die dem Einzelnen durch eine Grundrechtsnorm zum Schutze bestimmter Individualinteressen gewährte Rechtsposition, aus deren Beeinträchtigung ihm Abwehransprüche gegen den Staat oder einen anderen Träger öffentlicher Gewalt erwachsen.

B. DAS AKTUELLE ZUSTEHEN VON FREIHEITSRECHTEN UND DIE GRUNDRECHTSFÄHIGKEIT

Während die Erörterungen des vorangegangenen Abschnitts der Frage gewidmet waren, wie sich die Freiheitsrechte als subjektive Rechte denken lassen, soll nunmehr das "Innehaben" von Grundrechten durch den Einzelnen sowie die Grundrechtsfähigkeit untersucht werden.
Damit, daß jedermann kraft seines Mensch-Seins fähig ist, überhaupt Grundrechte zu haben, ist noch nichts darüber ausgesagt, welche Rechte der einzelne Mensch jeweils konkret innehat.[3] Die "Rechtsfähigkeit" wird im allgemei-

1) Henke: Sub. öff. Recht, S. 1; dabei läßt er es ausdrücklich dahingestellt, ob die Grundrechte als "Quellrecht" der subjektiven öffentlichen Rechte auf Abwehr oder Unterlassung von Eingriffen der Verwaltung verstanden werden können (a. a. O., S. 101).

2) Hans J. Wolff: Verwaltungsrecht III, § 173 I b 4 (S. 403).

3) Fabricius unterscheidet eine "individuelle" Rechtsfähigkeit von der "allgemeinen" Rechtsfähigkeit, die nur bedeutet, daß ein Subjekt "überhaupt Träger von Rechten und Pflichten sein" kann (Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 52).

nen definiert als "die potentielle Fähigkeit, selbständiger Träger eigener Rechte und Verpflichtungen zu sein".[1] Als Rechtseigenschaft potentieller Art ist sie sehr wohl zu unterscheiden von dem aktuellen Zustehen eines konkreten Rechts.[2] "Die rechtsfähigen Rechtssubjekte (Personen) haben von Rechts wegen die Möglichkeit, die sich aus den Gesetzen ergebenden Pflichten und Rechte aktuell zu haben, wenn deren Voraussetzungen gegeben sind".[3] Welche Rechte und welche Pflichten eine Person konkret innehat, bestimmt sich jeweils nach dem einzelnen Rechtssubjekt.[4]

I. Das aktuelle Zustehen von Freiheitsrechten

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, daß ein Freiheits-Grundrecht im subjektiven Sinne als eine durch eine Grundrechtsnorm gewährte Rechtsposition aufzufassen ist. Diese Rechtsstellungen werden dem Einzelnen vermittelt durch die in den Grundrechtsnormen statuierten Enthaltungspflichten des Staates bzw. der anderen Träger der öffentlichen Gewalt in Bezug auf die jeweils garantierten Individualinteressen. Demgemäß kann das aktuelle Zustehen von Freiheitsrechten beim Einzelnen entweder vom Vorliegen des jeweils geschützten Interesses abhängen oder aber vom Vorhandensein bestimmter subjektiver Eigenschaften, soweit die durch die Grundrechtsnorm Berechtigten nach besonderen subjektiven Merkmalen bestimmt sind.

1. Die Abhängigkeit von subjektiven Eigenschaften

Bei einzelnen Grundrechten ist der Berechtigte ausdrücklich nach subjektiven Eigenschaften bestimmt. Es kann sich dabei um natürliche oder um Rechtseigenschaften handeln.

---

1) So Endemann, in: Hdwb. d. Rechtswissenschaft Bd. IV, S. 652; ähnlich v. Tuhr: Allg. Teil § 21 (S. 369).

2) Z. A. Jampolskaja (Fragen des sowjet. Staatsrechts, Moskau 1959, S. 161, russ.) unterscheidet zwischen drei Stadien in der Entwicklung des Rechts des Bürgers: Rechtsfähigkeit als potentieller Zustand des subj. Rechts, die den Rechtsstatus des Bürgers bildenden subjektiven Rechte und die subjektiven Rechte in konkreten Rechtsverhältnissen (Zit. nach Klenner: Studien über die Grundrechte, S. 68 Fn. 11).

3) So Wolff: VerwR I § 32 IV (S. 182).

4) Lange: BGB Allg. Teil § 21 II 2 b (S. 136).

a) Staatsangehörigkeit

So gelten die Art. 8 (Versammlungsfreiheit), Art. 9 (Vereinigungsfreiheit), Art. 11 (Freizügigkeit), Art. 12 (Berufsfreiheit) und Art. 16 II 1 (Auslieferungsverbot) nur für Deutsche im Sinne von Art. 116 GG. In diesen Lebensbereichen genießen Ausländer zwar den Schutz durch einfache Gesetze, zu denen z.B. auch der für die Versammlungs- und Vereinsfreiheit von Ausländern bedeutsame Art. 11 MRK gehört. Auf die höherrangigen Grundrechtsnormen können sich Nichtdeutsche dagegen nicht berufen, weil ihnen gegenüber insoweit keine Verpflichtung des Staates statuiert ist. Für die Anwendung der Grundrechte des Bonner Grundgesetzes ist nun einmal das geschriebene positive Verfassungsrecht maßgebend,[1] welches diese Frage eindeutig geregelt hat.[2] In Anbetracht des klaren Wortlauts könnte höchstens die Frage aufgeworfen werden, ob die Grundrechtsvorbehalte für Deutsche etwa mit den Grundgedanken der Verfassung unvereinbar und daher nichtig sind. Die Nichtigkeit einer Verfassungsnorm wird man jedoch nur dann annehmen können, "wenn sie grundlegende Gerechtigkeitspostulate, die zu den Grundentscheidungen dieser Verfassung selbst gehören, in schlechthin unerträglichem Maße mißachtet".[3] Das ist jedoch nicht der Fall, da z.B. das Interesse des Staates an der Überwachung der politischen Betätigung fremder Staatsangehöriger auf seinem Territorium und das Streben nach Vollbeschäftigung der inländischen Arbeitnehmer die getroffenen Vorbehalte durchaus zu rechtfertigen vermögen.[4]

b) Sonstige "persönliche Gewährleistungsschranken"

Neben der Staatsangehörigkeit können auch andere persönliche Eigenschaften für die Zuordnung bestimmter Grundrechte maßgebend sein.

---

1) Walther W. Schmidt: Grundrechte und Nationalität juristischer Personen, S. 29.

2) Dem Grundrechtsvorbehalt für Deutsche entspricht die in Art. 19 III GG statuierte Beschränkung der Grundrechtsgeltung auf "inländische" juristische Personen. Dazu hat das BVerfG ausgesprochen, daß sich die Wirkung des Art. 19 III GG "kraft ausdrücklicher Verfassungsvorschrift nur auf inländische juristische Personen" erstreckt (BVerfGE 21, 208).

3) So BVerfGE 3, 225 Leitsatz 2 und S. 233.

4) Auch in den nur Deutschen vorbehaltenen Grundrechtsbereichen darf Ausländern der Schutz durch die Verfassung nicht versagt werden, soweit sie durch staatliche Maßnahmen in ihrer Menschenwürde (Art. 1 I GG) verletzt sind. Vgl. Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 85 zu Art. 1 II GG; ähnlich Bachof, in: Die Grundrechte Bd. III/1, S. 178.

So schützt Art. 6 GG Ehegatten (Abs. I), Eltern (Abs. II), Erziehungsberechtigte (Abs. III), Mütter (Abs. IV) und uneheliche Kinder (Abs. V).[1)]
Art. 7 II GG gilt wiederum nur für Erziehungsberechtigte, Art. 7 III 3 nur für Lehrer, Art. 12 a IV für Frauen und Art. 16 II 2 GG für politisch Verfolgte.

Auch dort, wo sich eine Begrenzung nach subjektiven Eigenschaften nicht bereits aus dem Wortlaut der Grundrechtsbestimmungen ergibt, kann die teleologische Normeninterpretation eine Beschränkung des Kreises der Grundrechts-Berechtigten nach subjektiven Merkmalen gebieten. Trotz seines Wortlauts ("Niemand darf ...") steht das Grundrecht auf Verweigerung des Kriegsdienstes mit der Waffe (Art. 4 III GG) nicht etwa jedermann, sondern nur den männlichen[2)] Wehrpflichtigen aktuell zu.[3)] Desgleichen gilt das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden (Art. 9 III GG, sog. Koalitionsfreiheit) nur für Arbeitgeber und unselbständige Arbeitnehmer im weitesten Sinne sowie für deren Verbände. Gymnasiasten, die eine "Schüler-Gewerkschaft" gründen wollen, können sich daher nicht auf Art. 9 III GG berufen.
In all den hier aufgeführten Fällen handelt es sich um "immanente persönliche Gewährleistungsschranken" im Sinne Kleins,[4)] d.h. um Begrenzungen des Kreises der Grundrechts-Berechtigten, die sich aus der Art und Weise der verfassungsrechtlichen Gewährleistung selbst ergeben.

2. Das Vorliegen des geschützten Interesses beim Einzelnen als Voraussetzung für das aktuelle Zustehen von Freiheitsrechten

Die jeweils geschützten Individualinteressen bilden bei den Freiheitsrechten den Gegenstand der staatlichen Verpflichtung zum Unterlassen von Eingriffen. Wo bei einem einzelnen Menschen als Grundrechtssubjekt ein solches Interesse nicht oder noch nicht vorhanden ist, wird diese Verpflichtung ihm gegenüber "gegenstands"-los mit der Folge, daß die betreffende Person dieses bestimmte Grundrecht im subjektiven Sinne nicht aktuell innehat. Es fehlt an der Grundlage für mögliche Abwehransprüche.
Das Vorhandensein des jeweiligen Interesses kann entweder abhängen von der na-

---

1) Zur Grundrechtsqualität von Art. 6 V GG vgl. BVerfGE 25, 167 (172 ff u. 182 ff).
2) Vgl. Art. 12 a I GG.
3) Kuhn: Grundrechte und Minderjährigkeit, S. 5; v. Mangoldt/Klein: Vorbem. B XV 2 c (S. 128).
4) Vgl. v. Mangoldt/Klein: Vorbem. B XV 2 c (S. 127 f).

türlichen Handlungsfähigkeit des Grundrechtsträgers (so bei den Verhaltensfreiheiten wie Meinungs- und Versammlungsfreiheit) oder vom Vorliegen sachlicher Substrate (z.B. einer Wohnung bei Art. 13 GG).

a) Die Abhängigkeit der aktuellen Grundrechtsträgerschaft von der natürlichen Handlungsfähigkeit

Ein wesentlicher Teil der Grundrechte gewährleistet die Freiheit von menschlichen Betätigungen wie z.B. seinen Glauben oder seine weltanschauliche Überzeugung zu bekennen und seinen Kult auszuüben (Art. 4 I, II GG), seine Meinung zu äußern und sich zu informieren (Art. 5 I GG), sich mit anderen zu versammeln (Art. 8 GG) und sich an jedem Ort des Bundesgebietes aufzuhalten (Art. 11 GG). Damit ergeben sich Inhalt und Umfang der Freiheitsrechte, die dem Einzelnen aktuell zustehen, neben bestimmten subjektiven Eigenschaften auch aus den die natürliche Handlungsfähigkeit des Subjekts normierenden Merkmalen der einzelnen Grundrechtssätze, beginnend mit dem in Art. 2 II 1 GG geschützten Leben.[1)]

Soweit die Grundrechte Verhaltensfreiheiten gewährleisten, hängt die konkrete Grundrechtsinhaberschaft des Einzelnen daher weitgehend von seinen natürlichen Handlungsfähigkeiten ab.

So kann etwa das Grundrecht des Art. 8 I GG, welches die schlichte Tätigkeit sich mit anderen zu versammeln gewährleistet, erst demjenigen aktuell zustehen, der in der Lage ist, sich nach seinem natürlichen Willen selbständig zu bewegen bzw. mit Hilfe einer anderen Person fortbewegen zu lassen. Daß sich also z.B. ein Kind in der Wiege in faktischer Hinsicht (noch) nicht versammeln kann, berührt zwar nicht dessen Grundrechtsfähigkeit als potentielle Eigenschaft, überhaupt Grundrechte zu haben;[2)] das Fehlen dieser natürlichen Handlungsfähigkeit hat aber sehr wohl zur Folge, daß ein Kleinkind das Grundrecht der Versammlungsfreiheit noch nicht aktuell innehat. Das verkennt Dürig, wenn er sagt, das Fehlen natürlicher Eigenschaften habe nur zur Folge, daß möglicherweise das Grundrecht nicht selbständig ausgeübt werden könne.[3)] Wo die entsprechende natürliche Handlungsfähigkeit fehlt, kann ein Grundrecht auch nicht durch andere Personen als Vertreter wahrgenommen werden. Die Eltern z.B. könnten gar nicht von dem Grundrecht ihres Kindes Gebrauch machen, indem sie sich selbst "versammeln".

---

1) Vgl. die entsprechenden Ausführungen zur "konkreten Rechtsfähigkeit" bei Fabricius (Relativität der Rechtsfähigkeit), S. 52.

2) Insoweit zutreffend Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 17 zu Art. 19 III GG.

3) Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 17 zu Art. 19 III GG.

Daß bei einem im natürlichen Sinne handlungsunfähigen Menschen das entsprechende Grundrecht als subjektives Recht noch nicht existiert, ergibt sich auch aus einer Gegenprobe: Es ist schlechthin undenkbar, daß ein neugeborenes Kind in seiner "Versammlungsfreiheit" beeinträchtigt werden könnte. Wo aus tatsächlichen Gründen überhaupt noch nicht die Möglichkeit zur Vornahme der gewährleisteten Handlungen besteht, dort wäre ein Freiheitsrecht als Abwehrrecht ohne jede Funktion.[1)]

Das trifft in besonderem Maße auf diejenigen Grundrechte zu, die Freiheit im geistigen Bereich gewährleisten: Der Träger des in Art. 5 I 1 GG garantierten Freiheitsrechts muß fähig sein, eine Meinung - und sei sie noch so primitiv - auf irgendeine Weise zu äußern. Ebenso ist die aktuelle Zuständigkeit des Grundrechts der Petitionsfreiheit (Art. 17 GG) davon abhängig, daß der Einzelne überhaupt in der Lage ist, eine Bitte oder Beschwerde zum Ausdruck zu bringen.[2)]

Auch eine "Gewissensentscheidung setzt einen gewissen Grad von sittlicher Einsicht als Grundlage sittlichen Urteilsvermögens voraus".[3)] Tatsächlicher Inhaber der durch den verfassungsmäßigen Schutz des Rechtsguts "Gewissensfreiheit" (Art. 4 I GG) vermittelten Rechtsposition ist daher nur, wer dieses Mindestmaß an sittlicher Einsichtsfähigkeit besitzt.

b) Die Abhängigkeit der aktuellen Grundrechtsinhaberschaft von sachlichen Substraten

Neben subjektiven Merkmalen und natürlichen Fähigkeiten bilden häufig auch sachliche Substrate die Voraussetzung für das tatsächliche "Innehaben" der durch die Freiheits-Grundrechte vermittelten Rechtsstellungen.[4)] Wie die Tariffähigkeit so steht auch das Grundrecht der Koalitionsfreiheit (Art. 9 III GG) nur demjenigen Arbeitgeber aktuell zu, der Inhaber eines Betriebes ist.[5)] Ebenso steht die konkrete Grundrechtsberechtigung des Art. 13 GG nur jemandem zu, der tat-

---

1) Dasselbe gilt auch für den strafrechtlichen Rechtsgüterschutz. Durch § 239 StGB soll z.B. nur der Mensch geschützt sein, welcher "der Freiheit, sich fortzubewegen, überhaupt teilhaftig ist" (so BayObLG, Urt. v. 17.10.1951 - JZ 1952, S. 237).

2) A.A. Dürig (in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 24 u. 25 zu Art. 17 GG), der die "Grundrechtsfähigkeit gem. Art. 17" allen natürl. Personen zuspricht, also auch dem Säugling, für den die Zuordnung dieses Grundrechts noch völlig sinnlos ist.

3) BVerwGE 9, 97 (98).

4) Vgl. Fabricius: Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 52.

5) Fabricius: Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 52.

sächlich Inhaber von Wohnraum ist.[1] Mit dem Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung verbürgt das GG einen wichtigen Bestandteil der privaten Sphäre als Rechtsgut, das im Falle der Beeinträchtigung durch die Gewährleistung von Abwehransprüchen geschützt werden soll. Damit erweist sich hier ebenso wie bei den Verhaltensfreiheiten das aktuelle Zustehen dieses Freiheitsrechts als abhängig vom Vorhandensein des zu schützenden Interesses. Das gilt vor allem auch für die Garantie des Eigentums (Art. 14 GG). Ein Gammler, der mit geborgten Kleidungsstücken unbeschwert in den Tag hinein lebt und nichts sein Eigen nennt, hat nicht nur kein Eigentum im zivilrechtlichen Sinne, sondern er hat - solange dieser Zustand andauert - auch nicht das durch Art. 14 I GG gewährleistete subjektive öffentliche Recht, jedenfalls nicht, soweit es den Schutz der vorhandenen vermögenswerten Rechte beinhaltet (im Gegensatz zur Freiheit des Eigentumserwerbs).[2] Auch sachliche Substrate können also objektive Voraussetzungen für die aktuelle Innehabung von Freiheitsrechten sein.

Exkurs: Freiheitsrechte und Sozialstaatsprinzip

Hierbei zeigt sich mit besonderer Deutlichkeit, daß eine allgemeine Aktualisierung und Entfaltung der Grundfreiheiten nur in einem Sozialstaat möglich ist, der dafür einsteht, "daß niemand ohne Sicherheit seines Lebens, seiner Gesundheit und seines Eigentums, aber auch niemand ohne Wohnung, Ernährung, Kleidung, Licht, Hygiene, Krankenversorgung, Verkehrsmöglichkeit oder Bildungsmöglichkeit bleibt, und daß bei hinreichender Leistungsfähigkeit auch Arbeitsmöglichkeit besteht".[3]
Der Einzelne vermag seine Freiheitsrechte nur dann auszuüben, wenn seine soziale Umwelt es ihm ermöglicht. Denn jedes Grundrecht erfordert, "eine bestimmte soziale Situation, um praktisch vollzogen zu werden".[4] Erst in einer nach den Prinzipien sozialer Gerechtigkeit gestalteten Staatsordnung können durch die Sicherung gegen unverschuldete Not, durch Umverteilung des Eigentums aber auch durch die Vermittlung von Bildung, Arbeit usw. die Vorausset-

---

1) Vgl. Gentz: Unverletzlichkeit der Wohnung, S. 43 ff (S. 45).

2) Das BVerfG hat es bisher ausdrücklich offen gelassen, ob "die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. I Satz 1 GG auch die Erwerbsfreiheit verfassungskräftig sichert" (BVerfGE 21, 76).
Wittig sieht in Art. 14 I 1 GG ein "Abwehrrecht, das in der Gegenwart das in der Vergangenheit Erworbene schützt" (NJW 1967, S. 2186) und leitet den Schutz des Eigentumserwerbs aus Art. 2 I GG her (a. a. O., S. 2187 f).

3) So H. J. Wolff: VerwR I § 11 II 5 (S. 51).

4) Hamel: Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, S. 23.

zungen dafür geschaffen werden, daß jedermann auch kraft seiner sozialen Lage die Möglichkeit hat, von den ihm versprochenen Freiheitsrechten Gebrauch zu machen. Besonders deutlich kommt dies z.B. in der Formulierung des Art. 106 BV zum Ausdruck: Nach Abs. I dieser Vorschrift hat jeder Bewohner Bayerns Anspruch auf eine angemessene Wohnung, Abs. II erklärt die Förderung des Baues billiger Wohnungen zur öffentlichen Aufgabe, und erst Abs. III statuiert dann das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung. Dieses Ineinandergreifen von Freiheitsrechten und Sozialstaatsprinzip stellt den Staat vor die Aufgabe, "das Zusammenspiel der Kräfte so zu gestalten, daß alle Schichten des Volkes hinreichend zu leben haben und an den Früchten der Freiheit teilnehmen können: Nicht laisser faire sondern umsichtige Planung bei sorgfältiger Wahrung einer möglichst weitreichenden Freiheit in kontrollierter Selbstverantwortung"[1] lautet daher das Gebot für den sozialen Rechtsstaat.

Die Freiheitsrechte bedürfen notwendigerweise einer Ergänzung durch das Sozialstaatsprinzip, wenn die verfassungsrechtlich garantierte Freiheit nicht das Vorrecht sozial begünstigter Gruppen werden soll. Denn die bloß formale Gleichheit der Bürger läßt bei bestehender sozialer Ungleichheit nur ein Zerrbild der Freiheit entstehen.[2] Um einer solchen Entwicklung entgegenzuwirken, ist es die Aufgabe eines Sozialstaates, die formalen Freiheitsrechte mit sozialem Inhalt zu erfüllen und damit jene gesellschaftlichen Veränderungen herbeizuführen, die soziale Teilhabe für alle Bürger zu einer Realität zu machen.

Für den Einzelnen sind freilich die auf Teilhabe und damit auf ein positives Tun des Staates gerichteten Verfassungsbestimmungen viel schwerer durchzusetzen als die primär auf die Abwehr von Beeinträchtigungen angelegten Freiheitsrechte. So bedarf die Sozialstaatsklausel (Art. 20 I; 28 I GG) infolge ihrer Unbestimmtheit in aller Regel erst der Ausgestaltung und Konkretisierung durch den einfachen Gesetzgeber.[3] Angesichts der Schwierigkeit, Rechte des Einzelnen unmit-

---

1) Fechner: Die soziologische Grenze der Grundrechte, S. 36.

2) Dies hat J.P. Marat bereits während der Franz. Revolution erkannt: "Eure berühmte Erklärung der Menschenrechte war nichts als ein höhnischer Betrug, denn sie geht bei näherer Betrachtung darauf hinaus, den Reichen alle Vorteile des neuen Regimes zu verleihen" (Redner der Revolution, Berlin 1926, S. 62 f). Für Marat war konsequenterweise nicht nur der Adel, sondern auch der Reichtum ein Vorrecht (Ausgewählte Schriften, Berlin 1954, S. 68). "Wahrhaftig, die Gleichheit der Rechte führt zur Gleichheit der Genüsse, und erst auf dieser Basis kann der Gedanke ausruhen" (J.P. Marat: L'Ami du Peuple Nr. 670). Zitate nach Klenner: Studien über die Grundrechte, S. 29 f.

3) Vgl. dazu Bogs: Der soziale Rechtsstaat im deutschen Verfassungsrecht, in: Schriftenreihe des DBB, Heft 31 (1963), S. 58 f.

telbar aus der Sozialstaatsklausel herzuleiten,[1] erhält neben Art. 1 GG die Bestimmung des Art. 3 GG als Grundrechtsnorm besondere Bedeutung für die Erfüllung des Sozialstaatsprinzips. So hat Zacher auf alle Möglichkeiten hingewiesen, "zu einer grundsätzlichen Betrachtung des Gleichheitssatzes als einer Garantie sozialer Gleichheit" zu gelangen; "Aktualität des Gleichheitssatzes ist das entscheidende Minimum an subjektiv verfügbarer Sanktion des Sozialstaatsprinzips".[2]

3. Kinder als Inhaber von Freiheitsrechten

Das Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem aktuellen "Innehaben" eines Freiheitsrechts und dem Vorliegen des durch das Freiheits-Grundrecht geschützten Interesses ist für die verfassungsrechtliche Stellung von Kindern von besonderer Bedeutung, weil bei diesen manche der geschützten Interessen nicht oder noch nicht vorhanden sind.

a) Die Entwicklung der menschlichen Interessefähigkeit als Voraussetzung für das aktuelle Zustehen von Freiheitsrechten

Zweifellos sind die elementaren Grundinteressen, die sich auf Leben und Gesundheit richten, bei allen Menschen vorhanden und objektiv festzustellen. Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) steht jedem menschlichen Wesen von der Empfängnis an bis zu seinem Tode aktuell zu,[3] weil jeder Mensch Träger dieser Rechtsgüter ist, an welche die Verfassung die Verpflichtung des Staats zum Unterlassen von Eingriffen knüpft.
Art. 2 II 2 GG gewährleistet die körperliche Bewegungsfreiheit zum Schutz gegen eine unzulässige Festnahme, Einschließung, Anstaltsunterbringung und dergl. Das Rechtsgut "körperliche Bewegungsfreiheit" ist unabhängig von der entsprechenden natürlichen Handlungsfähigkeit zu denken; denn den Schutz des Art. 2 II 2 GG genießt z.B. auch ein Gelähmter, der völlig außerstande ist, sich aus eigener Kraft fortzubewegen. Da das Grundrecht auf Freiheit der Person weder natürliche Hand-

---

1) Ansätze dazu finden sich in den Entscheidungen BVerwGE 1, 159 u. BGHZ 25, 231 (235).

2) Zacher: Soziale Gleichheit: AöR Bd. 93 (1968), S. 383.

3) Larenz: Allg. Teil § 11 I, S. 131: "Daß Kinder und Geisteskranke unerachtet der ihnen fehlenden Handlungsfähigkeit "Personen" ... sind, bedeutet nicht nur, daß sie "rechtsfähig" sind, d.h. Rechte und Pflichten haben können, sondern auch, daß sie diejenigen Rechte, die der Person als solcher wesensmäßig zukommen, nämlich das Recht auf Achtung, auf Unverletzbarkeit ihres Lebens, ihrer Gesundheit usw. tatsächlich haben".

lungsfähigkeit noch Willensfähigkeit[1] voraussetzt, ist jeder Mensch von Geburt an aktueller Inhaber dieser Rechtsstellung.[2] Das Grundrecht des Art. 2 II 2 GG kann z.B. durchaus durch die unrechtmäßige Unterbringung eines Säuglings in einer Anstalt verletzt sein.

Zu diesen elementaren und vitalen Grundinteressen kommen noch die Vermögensinteressen, die beim Neugeborenen zwar nicht objektiv feststellbar sind, die aber auf der generalisierenden Annahme beruhen, "daß der ideal gedachte Gattungstypus Mensch Vermögensinteressen hat".[3] Da der Mensch von Geburt an auf die Verschaffung der Mittel zur Befriedigung seiner vitalen Grundinteressen angewiesen ist und somit bereits dem Kleinkind wirtschaftliche und Vermögensinteressen zugedacht werden, kommen ihm von Geburt an auch die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG), Art. 9 I GG (bezüglich der Mitgliedschaft in wirtschaftlichen Vereinen und Gesellschaften) sowie das aus dem allgemeinen Grundsatz des Art. 2 I GG herzuleitende Grundrecht auf freie Betätigung im wirtschaftlichen Bereich (insbesondere in Gestalt der Vertragsfreiheit)[4] zu. Damit ist aber der Kreis der Freiheitsrechte, die jedem Menschen nach seinem Spektrum von Interessen schon von Geburt an aktuell zustehen können, bereits erschöpft.[5]

Die übrigen Freiheits-Grundrechte haben den Schutz von Interessen zum Gegenstand, die über das bloße Leben und die damit zusammenhängenden Bedürfnisse hinausgehen und deshalb beim Kleinkind noch nicht vorhanden sind. So können sich geistige Interessen wie etwa das Streben nach Freiheit der Meinungsäußerung oder nach Glaubens- und Gewissensfreiheit beim jungen Menschen erst im Laufe des Kindesalters entfalten. Diese Interessen im geistigen Bereich nehmen mit der wachsenden Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen graduell zu.[6] Relativ

---

1) Geschützt ist z.B. auch der Geisteskranke, der zu keiner vernünftigen Willensbildung in der Lage ist.

2) Ebenso Anders: FamRZ 1960, 475: "Auf das Alter desjenigen, dem die Freiheit entzogen wird, kann es nicht ankommen".

3) Fabricius: Relativität d. RF, S. 75. Infolgedessen bezeichnet Fabricius die Vermögensinteressen als "objektiv fiktive" im Gegensatz zu den "objektiv wahren" elementaren Grundinteressen.

4) Dazu Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 2 I Rdnr. 43 ff (insbes. 53 ff).

5) Daß der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) und seine einzelnen Konkretisierungen ebenfalls auf jeden Menschen von Geburt an anwendbar sind, ist eine Selbstverständlichkeit.

6) Das aktuelle Innehaben von Freiheitsrechten meint offenbar auch Ekkehart Stein, wenn er ausführt, für jene Freiheitsrechte, welche Art. 2 I GG konkretisierten, könne die "Grundrechtsfähigkeit" erst in einem Alter beginnen, wo der Wille Minderjähriger vernünftigerweise Beachtung verdiene.

früh ist der Beginn der aktuellen Inhaberschaft hinsichtlich der Bekenntnisfreiheit anzusetzen, da die Zuweisung zu einem bestimmten religiösen Bekenntnis zumeist schon durch die Taufe erfolgt.
Verhaltensfreiheiten wie z.B. das Interesse, sich mit anderen zu versammeln, können dagegen rechtlich erst in Erscheinung treten, wenn die entsprechende natürliche Handlungsfähigkeit erreicht ist. Da sich die durch die Freiheitsrechte geschützten Interessen des Menschen ausgehend von den vitalen Grundinteressen mit zunehmendem Alter erst entwickeln, wächst der junge Mensch stufenweise in die verfassungsrechtlich geschützten Positionen hinein, welche seine Freiheitsrechte im subjektiven Sinne bilden. In Anbetracht der Abwehrfunktion, die die Freiheitsrechte für den Einzelnen haben, ist immer nur derjenige Träger eines konkreten Grundrechts, bei dem eine Beeinträchtigung des durch das Freiheitsrecht garantierten Schutzgutes zumindest möglich erscheint. Die geminderte Interessefähigkeit bei Kleinkindern hat daher zur Folge, daß diesen Grundrechtssubjekten - unbeschadet ihrer (potentiellen) Grundrechtsfähigkeit - noch nicht alle Freiheitsrechte aktuell zustehen.
Wo die natürliche Fähigkeit zum tatsächlichen Gebrauch der gewährleisteten Freiheit noch nicht vorhanden ist, fehlt es auch an der Möglichkeit einer Verletzung derselben durch einen Träger öffentlicher Gewalt, so daß gar kein Bedürfnis danach besteht, daß sämtliche Freiheitsrechte jedem Menschen schon von Geburt an aktuell zustehen.

b) Auseinandersetzung mit Einwänden

Dieses Ergebnis steht in keinem Widerspruch zur Menschenrechtsidee, zu der sich unsere Verfassung in Art. 1 II GG bekennt. Die Menschenrechtsidee geht von der Vorstellung aus, daß sich gewisse elementare Grundrechte bereits aus der Natur des Menschen ergeben und deshalb der positiven staatlichen Rechtsordnung vorgegeben sind. [1] Mit diesem Gedanken läßt sich aber durchaus die Auffassung in Einklang bringen, daß die Grundrechte dem Menschen nicht schon als ein vollständiges Bündel in die Wiege gelegt sind, sondern daß diejenigen Freiheitsrechte, die bestimmte subjektive Fähigkeiten und Eigenschaften vor-

---

Fortsetzung der Fußn. 6) von S. 27:
Verfehlt scheint mir allerdings die Folgerung, soweit Grundrechte den Willen des Einzelnen schützen, beginne die Grundrechtsfähigkeit mit Vollendung des 7. Lebensjahres, weil das Zivilrecht dem Willen des Minderjährigen vom 7. Lebensjahr ab eine gewisse Beachtlichkeit einräume (Ekkehart Stein: Staatsrecht § 40 II, S. 234).

1) Vgl. Kuhn: Grundrechte und Minderjährigkeit, S. 14; Walther W. Schmidt: Grundrechte und Nationalität juristischer Personen, S. 29.

aussetzen, ihm erst beim Durchlaufen seiner frühen Entwicklungsstufen nach und nach zuwachsen.

Hiergegen könnte man wiederum den Einwand erheben, daß unter diesen Umständen der Entstehungszeitpunkt für manche Freiheitsrechte zu unbestimmt wäre und sich daraus Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben. Es läßt sich zwar relativ leicht bestimmten, daß einem Menschen z.B. das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) aktuell zusteht, sobald er selbst oder als Mitberechtigter über Wohnraum verfügt, oder daß die Garantie des Eigentums (Art. 14 I 1 GG) eine Person dem Staate gegenüber berechtigt, sobald sie Trägerin vermögenswerter Rechte ist. Bei den Grundrechten des geistigen Bereichs und den Verhaltensfreiheiten ist diese Abgrenzung sehr viel schwieriger. So wird sich praktisch kein genauer Zeitpunkt angeben lassen, zu dem ein Kind fähig wird, eine Meinung zu äußern, oder zu dem dessen Verständnis für religiöse oder weltanschauliche Fragen das erforderliche Mindestmaß erreicht hat.
Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß es bei der Frage, ob jemand die sich aus einer Grundrechtsnorm ergebende Rechtsstellung als subjektives Recht aktuell innehat, auf den exakten Zeitpunkt des Entstehens dieser Rechtsposition gar nicht ankommt. Die Freiheitsrechte sollen es dem Einzelnen ermöglichen, "sich gegen unberechtigte Beeinträchtigungen seines verfassungsrechtlichen Status durch die staatlichen Gewalten im Wege des Rechts zu wehren". [1] Es kann daher für eine juristische Betrachtung immer nur darauf ankommen, ob der Grundrechts-Berechtigte zum Zeitpunkt der Beeinträchtigung Inhaber des Freiheitsrechts war, dessen Verletzung er rügt. Denn die Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde oder einer auf eine Grundrechtsverletzung gestützten verwaltungsgerichtlichen Klage hängt u.a. davon ab, ob das Grundrechtssubjekt zum Zeitpunkt der behaupteten Beeinträchtigung Träger des Rechtsgutes war, welches durch das betreffende Grundrecht geschützt werden soll. Diese Frage braucht daher immer nur im konkreten Einzelfall geprüft zu werden.

II. Die Grundrechtsfähigkeit

Wenn sich jeweils nach subjektiven Merkmalen, Eigenschaften und Fähigkeiten sowie nach sachlichen Voraussetzungen bestimmt, welche Freiheitsrechte die einzelne Person konkret und aktuell innehat, dann stellt sich die Frage, ob es unter diesen Umständen überhaupt des Denkschemas einer generellen Grundrechtsfähigkeit bedarf.

---

1) So Hesse: Verfassungsrecht § 9 II 2 (S. 114).

1. Grundrechtssubjektivität und Grundrechtsfähigkeit

Bisher wurde dargelegt, daß das aktuelle "Innehaben" von Freiheitsrechten durch eine Person abhängig ist vom Vorliegen des durch die jeweilige Grundrechtsnorm geschützten Interesses. Grundrechtssubjekte können demnach theoretisch alle Wesen sein, die fähig sind, solche Interessen zu haben, die durch Grundrechtsnormen geschützt sind.[1)]
Im einzelnen kommt als Grundrechtssubjekt in Betracht, wer durch die betreffenden Verfassungsbestimmungen gemäß deren Wortlaut oder Sinn berechtigt sein soll. Denn es ist ja einer jeden Rechtsnorm zu entnehmen, an wen sie sich als Adressaten wendet bzw. wem sie gegebenenfalls eine Rechtsposition zuweist, die wir als subjektives Recht ansprechen können.[2)]

a) Die Grundrechtsfähigkeit als rechtstechnische Zweckschöpfung

Für unsere Verfassung, die sich zu "unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten" bekennt, ist es eine Selbstverständlichkeit, daß alle Menschen als Grundrechtssubjekte zu betrachten sind, also z.B. auch Neugeborene und Entmündigte. Neben Art. 1 GG ergibt sich das eindeutig aus dem Wörtchen "auch" in Art. 19 III GG. Außer für natürliche Personen gelten bestimmte Grundrechte auch für "inländische juristische Personen" (Art. 19 III GG).
Angesichts eines so großen Kreises von Rechtssubjekten erweist es sich als zweckmäßig, nicht erst bei jeder einzelnen Norm den Kreis der berechtigten Personen abzugrenzen, sondern durch die generelle Qualifizierung dieser Rechtssubjekte als "grundrechtsfähig" ein für allemal zu statuieren, daß sie als Träger von Grundrechten in Betracht kommen. Durch die Einführung der Rechtseigenschaft der "Grundrechtsfähigkeit" findet also gleichsam eine "Ausklammerung" eines den meisten Grundrechtsnormen gemeinsamen Faktors statt.[3)]
Diese rechtstechnische Generalisierung darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß die "Grundrechtssubjektivität" durch jede einzelne Grundrechtsnorm begründet wird. Um Mißverständnissen vorzubeugen, unterscheidet Hans J. Wolff deshalb der Sache nach zwischen einem rechtstechnischen Begriff der Rechtsfähigkeit als der allgemeinen Eigenschaft, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, und einem rechtstheoretischen Begriff der Rechtsfähigkeit als der Eigenschaft, Zuordnungssubjekt wenigstens eines Rechtssatzes (und damit Träger wenigstens eines

---

1) Vgl. Wolff: Verw.R I § 32 I (S. 178): "Rechtssubjekte können ... alle Wesen sein, die von Natur fähig sind, Interessen zu haben".
2) Nawiasky: Allg.Rechtslehre § 12 A 2 (S. 173).
3) Entsprechend zur allg.Rechtsfähigkeit Nawiasky: Allg.Rechtslehre § 12 A 2 (S. 174).

Rechts oder einer Rechtspflicht) zu sein; die Rechtsfähigkeit im zweiten Sinne bezeichnet er als "Rechtssubjektivität".[1] Eine solch genaue Differenzierung mag bei den natürlichen Personen im Bereich der Grundrechte überflüssig erscheinen, weil es sich nach den heutigen Vorstellungen von selbst versteht, daß jeder Mensch auch die Grundrechtsfähigkeit besitzt. Ein Blick auf Art. 19 III GG zeigt jedoch, daß jedenfalls mit Rücksicht auf die Vereinigungen nicht auf eine besondere Art der Rechtsfähigkeit im Grundrechtsbereich verzichtet werden kann. Die Einsicht, daß der terminus technicus "Grundrechtsfähigkeit" eine rechtstechnische Zweckschöpfung ist, soll auch vor dem Trugschluß bewahren, daß die Rechtseigenschaft der "Grundrechtsfähigkeit" im Sinne einer "Kausalbeziehung" Vorbedingung für die Inhaberschaft von Grundrechten sein soll.[2] Es ist also keineswegs so, daß immer zuerst nach dem Vorhandensein der "Grundrechtsfähigkeit" gefragt werden müßte, ehe entschieden werden kann, ob ein soziologisches Phänomen Grundrechtssubjekt sein könne. Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, ob ein soziales Gebilde Träger von Grundrechten sein kann, darf nie der abstrakte Begriff der "Grundrechtsfähigkeit" sein, sondern es ist konkret danach zu fragen, ob die in Betracht kommende Grundrechtsnorm diesem Subjekt eine Berechtigung verleiht. Es ist überhaupt charakteristisch für das öffentliche Recht, daß es bei ihm stärker auf die konkreten Rechtsstellungen ankommt, so daß die Bedeutung der generellen Rechtsfähigkeit im Vergleich zum Zivilrecht eine geringere ist. So richtet sich etwa die Parteifähigkeit vor dem BVerfG grundsätzlich nicht nach der allgemeinen Rechtsfähigkeit, sondern muß jeweils "nach der verfassungsrechtlichen Funktion oder Kompetenz, die in Anspruch genommen, bestritten oder verletzt worden ist", bestimmt werden.[3] Obwohl z.B. ausländische juristische Personen und juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht grundrechtsfähig sind,[4] können sie sich dennoch auf die prozessualen Grundrechte des Art. 101 I 2 GG (gesetzl. Richter) und Art. 103 I GG (Anspruch auf rechtl. Gehör) berufen, weil diese Rechte

---

1) H.J. Wolff: VerwR I § 32 III (S. 180 f).
Grundlegend H.J. Wolff: Organschaft und jur. Personen, Bd. I Jur. Personen und Staatsperson (1933) §§ 7-11; Bd. II Theorie der Vertretung (1934) §§ 8-14.

2) Vgl. Bachof: AöR 83 (1958), S. 260 f: "Die unkritische Gleichsetzung von Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität führt häufig zur unrichtigen Behauptung einer Kausalbeziehung, wonach die Rechtsfähigkeit Voraussetzung der Trägerschaft von Rechten und Pflichten sein soll".

3) So Schmidt-Bleibtreu; in: Maun/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein: Rdnr. 20 zu § 90 BVerfGG.

4) BVerfGE 21, 207 u. 362.

jedem an einem gerichtlichen Verfahren Beteiligten zugute kommen müssen.[1] Insofern kommt auch ausländischen juristischen Personen und juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Bereich des Verfahrensrechts Grundrechtssubjektivität zu, obwohl sie generell nicht grundrechtsfähig sind. Der Begriff der Grundrechtsfähigkeit hat also zunächst einmal eine Abgrenzungsfunktion zu erfüllen, indem er bestimmt, daß alle Menschen sowie inländische juristische Personen grundsätzlich als potentielle Träger von Grundrechten in Betracht kommen.

b) Grundrechtsfähigkeit und Parteifähigkeit im Verfassungsbeschwerdeverfahren

Von besonderer Bedeutung ist der Begriff der Grundrechtsfähigkeit für die Bestimmung der Parteifähigkeit im Verfassungsbeschwerdeverfahren. Da das BVerfGG keine allgemeinen Bestimmungen über die Parteifähigkeit enthält und den Kreis der zur Erhebung von Verfassungsbeschwerden Berechtigten nicht näher umschreibt, bleibt nur die Möglichkeit, die Parteifähigkeit aus dem Sinnzusammenhang des § 90 BVerfGG, vor allem aus dem Wesen und Zweck der Verfassungsbeschwerde und den Besonderheiten des verfassungsgerichtlichen Verfahrens näher zu bestimmen.[2]
Wer generell grundrechtsfähig, d.h. potentieller Träger von Grundrechten ist, der ist auch parteifähig im Verfassungsbeschwerdeverfahren. Die Erstreckung der Grundrechtsfähigkeit auf inländische juristische Personen durch Art. 19 III GG hat insoweit eine wesentliche verfahrensrechtliche Vereinfachung bewirkt.[3] Diese Vereinfachung besteht einmal darin, daß bei einer Verletzung von grundrechtlich geschützten Interessen, deren Träger die Vereinigung als solche ist, nicht die Gesamtheit der Mitglieder den Rechtsweg zu beschreiten braucht. Zum anderen besteht die Vereinfachung für das Gericht darin, daß die Grundrechtsfähigkeit gem. Art. 19 III GG die Parteifähigkeit indiziert, während die Frage der Parteifähigkeit bei Beschwerdeführern, die nicht generell grundrechtsfähig sind, im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung einer besonderen Begründung bedarf.

Für das Verfahrensrecht ist es entscheidend, daß die Parteifähigkeit jeweils unabhängig von der aktuellen Inhaberschaft des im konkreten Falle als verletzt gerügten Grundrechts bestimmt werden muß. Kann es doch für die Frage der Zu-

---

1) Vgl. BVerfGE 3, 359 (363); 6, 45 (49 f) - Freistaat Bayern - 12, 6 (8) - ausländ. jur. Personen - 13, 132 (139 f) - Dt. Bundesbahn - 18, 441 (447); 21, 362 (373).

2) BVerfGE 1, 87 (88); vgl. auch Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein: § 90 BVerfGG vor Rdnr. 20.

3) Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 3 zu Art. 19 III GG.

lässigkeit einer Verfassungsbeschwerde nicht darauf ankommen, ob etwa ein kleines Kind oder ein Geisteskranker aus tatsächlichen Gründen nicht oder noch nicht fähig ist, eine Meinung zu äußern und deshalb in dem Grundrecht des Art. 5 I 1 GG gar nicht beeinträchtigt sein kann. Denn das ist eine Frage der Aktivlegitimation, welche in dem Verfahren geklärt werden soll und die somit im Rahmen der Begründetheit zu prüfen ist. Das "wirkliche Zustehen" und der tatsächliche Bestand des geltend gemachten Rechts sind nämlich wesentliche Bestandteile der Sachprüfung.
Grundrechtsfähig und damit parteifähig ist zunächst einmal jeder Mensch von Geburt an. Als Anknüpfungspunkt für die Parteifähigkeit im Verfassungsbeschwerdeverfahren kann also nicht die konkret-aktuelle Grundrechtsinhaberschaft dienen, sondern dazu bedarf es des Denkschemas der Grundrechtsfähigkeit als einer Eigenschaft potentieller Art, die unabhängig von den für das "Innehaben" eines Grundrechts erforderlichen subjektiven Merkmalen und Fähigkeiten besteht.

2. Grundrechtsfähigkeit und "allgemeine" Rechtsfähigkeit nach § 1 BGB

Auch im Interesse der Einheit unserer Rechtsordnung erscheint es sinnvoll, im Bereich der Grundrechte mit dem Begriff einer generellen Rechtsfähigkeit zu arbeiten, die entsprechend der "allgemeinen" Rechtsfähigkeit nach § 1 BGB mit der Vollendung der Geburt eintritt. Dies gilt allerdings nur unter der Voraussetzung, daß § 1 BGB entweder eine Art universaler Rechtsfähigkeit normiert, die alle Teilgebiete unserer Rechtsordnung gleichermaßen erfaßt, oder daß diese Norm zumindest der Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens ist.

a) Die Rechtsfähigkeit nach § 1 BGB als privatrechtliche Vollrechtsfähigkeit

In Wirklichkeit stellt auch die "allgemeine" Rechtsfähigkeit nach § 1 BGB kein "universales juristisches Vermögen" dar, das sich auf alle möglichen Arten von Rechtsbeziehungen erstreckt.[1)]
Der allgemeinen Rechtsfähigkeit des Menschen von Geburt an korrespondiert notwendigerweise das Institut der gesetzlichen Vertretung, denn durch dieses rechtstechnische Mittel erhalten handlungsunfähige oder nur in beschränktem Umfang handlungsfähige Menschen die Möglichkeit zur Teilnahme am Rechtsverkehr. Aus diesem Grunde entfaltet die Rechtsfähigkeit nach § 1 BGB ihre Wirkung in erster

---

1) So aber Forsthoff: Verwaltungsrecht - Allg. Teil (6. Aufl. 1956), § 24 II 1 (S. 403). Von der 7. Aufl. (1958) an hat Forsthoff diese Formulierung aufgegeben.

Linie im bürgerlichen Vermögensrecht,[1] weil der rechtsgeschäftliche Vermögensverkehr dem Handeln durch Vertreter in besonderem Maße zugänglich ist.
So bestimmt sich für jedes Rechtsgebiet nach besonderen Gesichtspunkten, wer generell als Adressat der Normen oder als Berechtigungssubjekt in Betracht kommt. "Es ist daher nicht mit einer einheitlichen universalen Rechtsfähigkeit zu rechnen, sondern mit einer Gliederung in eine Vielzahl von Rechtsfähigkeiten nach Maßgabe der verschiedenen Rechtsmaterien".[2] Demgemäß kann man jeweils eine eigene Rechtsfähigkeit für den Bereich des privaten Vermögensrechts, für das Strafrecht und die verschiedenen anderen Gebiete des öffentlichen Rechts unterscheiden.[3]
Wenn also das BGB in § 1 von "der" Rechtsfähigkeit des Menschen spricht, so ist damit keine universale Rechtsfähigkeit gemeint, sondern die privatrechtliche Voll-Rechtsfähigkeit.[4]

b) Der rechtsethische Gehalt der generellen Rechtsfähigkeit

Die Rechtsfähigkeit im Sinne von § 1 BGB hätte aber niemals "die" Rechtsfähigkeit im Sinne des üblichen juristischen Sprachgebrauchs werden können, wenn § 1 BGB nicht über seine Bedeutung für das Privatrecht hinaus zugleich Ausfluß eines allgemeinen Rechtsgedankens wäre. Nach diesem Rechtsgrundsatz, der heute in allen Rechtsgebieten anerkannt wird, kommt die generelle Rechtsfähigkeit

---

1) Vgl. Raiser ZHR Bd. 111 (1948), S. 79; nach Rhode (Jur. Personen und Treuhand, S. 173) ist die Vermögensfähigkeit "der dünnste Aufguß einer Rechtsfähigkeit" überhaupt.

2) So Nawiasky: Allg. Rechtslehre § 14 (S. 196).
Auch H. J. Wolff betont, "daß es eine totale Rechtsfähigkeit im Sinne einer Zuständigkeitsendsubjektivität gar nicht gibt, ihr Umfang vielmehr außerordentlich verschieden und stets relativ der unterschiedlichen Rechtsnormen ist. Das gilt bereits von dem Umfang der Rechtsfähigkeit des Menschen und gilt erst recht von dem der Organisationen". (Vgl. Organschaft und juristische Personen Bd. I: Juristische Person und Staatsperson, S. 202 f).

3) Nawiasky: a. a. O.; Bachof: AöR 83, 267.
So richtet sich z. B. im Steuerrecht die Besteuerungsfähigkeit als eine Art "steuerlicher Rechtsfähigkeit" durchaus nicht nach der zivilrechtlichen Rechtssubjektivität, sondern die Zuordnungssubjekte werden eigenständig bestimmt (vgl. § 1 Nr. 5 und 6 und § 3 Körperschaftssteuer G); dazu Kruse: Steuerrecht I § 19 II (S. 127).

4) Entsprechendes gilt, wenn ein Gesetz einer Vereinigung die "Rechtsfähigkeit" zuerkennt; vgl. Bachof: AöR 83, 266.

dem Menschen deshalb zu, "weil er seinem Wesen nach Person im ethischen Sinne ist". [1] Mit der allgemeinen Rechtsfähigkeit ist dem Menschen ein Wert zugesprochen: Es ist damit anerkannt, daß in unserer Rechtsordnung der Mensch niemals bloßes Rechtsobjekt sein kann, weil ihm Selbstwert und "Würde" zukommt. [2]

Den Gedanken einer allgemeinen Rechtsfähigkeit des Menschen verdanken wir der deutschen Rechtsphilosophie des 18. Jahrhunderts. Kant hat, wie Herman Conrad [3] nachgewiesen hat, den Gedanken der allgemeinen Rechtsfähigkeit des Menschen in einer bürgerlichen Gesellschaft zuerst proklamiert, wenn er den Begriff der Rechtsfähigkeit auch noch nicht benutzt hat. [4] Kant begründete diese Rechtsstellung des Menschen mit den natürlichen (angeborenen) Rechten der Freiheit und Gleichheit. Die Freiheit der sittlichen Entscheidung macht bei Kant die Würde des Menschen aus; sie verleiht dem Menschen die Stellung als Person. Denn: "Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind". [5] Dabei geht Kant davon aus, daß "in der Lehre von den Pflichten der Mensch nach der Eigenschaft seines Freiheitsvermögens, welches ganz übersinnlich ist, also auch bloß nach seiner Menschheit, als von physischen Bestimmungen unabhängiger Persönlichkeit (homo noumenon), vorgestellt werden kann". [6] Damit steht aber die Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben, jedem Menschen in gleicher Weise zu. Die Eigenschaft des Menschen, Subjekt sittlicher und damit auch rechtlicher Normen zu sein, ist es, was seine Würde ausmacht. "Natürliche Rechtsperson sein, heißt, rechtlich Menschenwürde haben und haben sollen". [7] Nach Kant beruht die Würde des Menschen vor allem darauf, daß er im Gegensatz zu Tieren oder Sachen "Zweck an sich selbst" ist, woraus zu folgern sei, daß der Mensch nicht als bloßes Mittel gebraucht werden dürfe. [8] Als potentielle autonome sittliche Person hat jeder Mensch die gleiche Würde, also

---

1) So Larenz: Allg. Teil § 11 I (S. 129).

2) Vgl. Larenz: Allg. Teil § 11 I (S. 130).

3) Hermann Conrad: Individuum und Gemeinschaft in der Privatrechtsordnung des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts (Karlsruhe 1956) zeigt insbesondere auch den Einfluß Kants auf das von Franz von Zeiller geschaffene österreichische ABGB auf (S. 21 ff).

4) Fabricius: Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 37.

5) Kant: Werke (hrsg. v. Cassirer) Bd. VII, Einleitung in die Metaphysik der Sitten IV (S. 24).

6) Kant: Werke Bd. VII, Einteilung der Mataphysik der Sitten überhaupt II (S. 41).

7) So Walther Schönfeld in der RG-Festgabe Bd. II, S. 251.

8) Keilhacker, in: Persönlichkeitsschutz und Meinungsfreiheit, S. 46.

auch der Neugeborene und der Geisteskranke.[1] In der Bestimmung des § 1 BGB kommt damit der allgemeine Rechtsgedanke zum Ausdruck, daß jeder Mensch rechtsfähig ist, weil jedem Menschen die gleiche Würde zukommt, und deshalb kein Mensch bloßes Rechtsobjekt sein kann.
In unserem Verfassungsrecht ist dieser Gedanke in dem Grundrechtssatz von der Menschenwürde (Art. 1 I GG) ebenfalls enthalten. Art. 1 I GG verbietet, daß "der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird".[2] Das bedeutet auch, daß die Verfassung keine rechtlosen Menschen duldet. Der allgemeine Rechtsgedanke von der Rechtsfähigkeit eines jeden Menschen gilt in vollem Umfang auch für die Rechtsfähigkeit im Bereich der Grund- und Freiheitsrechte, weil durch diese Rechte elementare Grundinteressen eines jeden Menschen geschützt werden. So ist die Rechtsfigur einer generellen Grundrechtsfähigkeit ein Ausfluß der prinzipiellen Gleichheit aller Menschen als Rechtsperson und Grundrechtsträger.[3] Sie vermittelt die Gleichheit der Chance, die durch die Verfassung gewährleisteten Grundrechte aktuell zu haben.[4] Die Grundrechtsnormen gelten für jeden Menschen "ohne Rücksicht darauf ... ob und in welchem Maße es ihm nach seinen persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen auch tatsächlich möglich ist, von der rechtlichen Gleichheit, insbesondere der gleichen Freiheit Gebrauch zu machen".[5] Mit der generellen Grundrechtsfähigkeit sind jedermann gleichsam die gleichen "Startbedingungen" für die Ausfüllung seines verfassungsrechtlichen Status gegeben. Während das aktuelle Zustehen der einzelnen Freiheitsrechte vom Vorliegen des geschützten Interesses und damit von subjektiven Fähigkeiten und Eigenschaften abhängig ist, ist die potentielle Fähigkeit, Träger von Freiheitsrechten zu sein, bei jedermann gleich. Die generelle Grundrechtsfähigkeit tritt daher ebenso wie die privatrechtliche Rechtsfähigkeit nach § 1 BGB bei jedermann mit Vollendung der Geburt ein.

---

1) Wolff: Verwaltungsrecht I § 33 I (S. 188).
2) Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 28 zu Art. 1 I GG.
3) Vgl. Soergel/Siebert: (9. Aufl.) Rdnr. 7 vor § 1 BGB: "Die Rechtsfähigkeit steht im Dienst des Gleichheitsgedankens"; ähnlich Dahm: Dt. Recht § 54 II (S. 412).
4) Soergel/Siebert: (9. Aufl.) Rdnr. 8 vor § 1 BGB; ähnlich Larenz, in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft (S. 229).
5) Zacher: Sozialpolitik und Menschenrechte, S. 28 f.

III. Die partielle Grundrechtsfähigkeit des nasciturus

Die These, daß die generelle Grundrechtsfähigkeit des Menschen entsprechend der allgemeinen Rechtsfähigkeit mit der Geburt beginnt, könnte allerdings dadurch eine Durchbrechung erfahren, daß das Grundrecht auf Leben und das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit bereits dem nasciturus zustehen. Falls dem so ist, stellt sich die Frage, warum die generelle Grundrechtsfähigkeit dann nicht gleich bereits mit der Empfängnis eintreten soll.
Dazu ist zunächst als Voraussetzung zu klären, ob die in Art. 2 II 1 GG gewährleisteten Grundrechte tatsächlich bereits dem nasciturus zustehen.

1. Der nasciturus als Inhaber der Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG)

a) Gegenstimmen

Daß der bereits gezeugte aber noch ungeborene Mensch schon Inhaber von Grundrechten sein kann, ist mit der Begründung bestritten worden, daß "dem noch nicht ... Lebenden das wichtigste Merkmal menschlicher Individualität: das "Da-sein", das Leben" fehle.[1)]
Diese Aussage ist jedoch sachlich unrichtig, weil sie mit der biologisch-medizinischen Wirklichkeit nicht in Einklang steht.[2)] Denn das menschliche Wesen zeigt auch vor der Geburt Leben, was durch die Herztöne[3)] und die Kindesbewegungen medizinisch ohne weiteres nachzuweisen ist.[4)] Das keimende Leben ist bereits ein Leben für sich, auch wenn es von der Mutter biologisch mitversorgt wird.[5)]
Es ist ferner behauptet worden, Art. 2 II 1 GG schütze das keimende Leben des-

---

1) So Wernicke in der Erstbearbeitung des Bonner Komm. z. GG, Erl. II 1 b zu Art. 1 GG; ähnlich Anm. II 2 b zu Art. 2 GG: Der nasciturus ist "noch keine Person". Im Gegensatz dazu geht Zippelius in der Zweitbearbeitung von einer partikulären Geltung des Art. 1 GG für den nasciturus aus (BK Rdnr. 24 zu Art. 1 GG).

2) Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog Art. 1 I Rdnr. 24 Fn. 2; Art. 2 II Rdnr. 21.

3) Am Ende des 2. Schwangerschaftsmonats hat die Herztätigkeit bereits begonnen.

4) Vgl. Wolf/Naujoks: Anfang u. Ende der Rechtsfähigkeit, S. 17 und S. 143 ff.

5) Fabricius: Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 113.

halb nicht, weil es an einem entsprechenden Rechtssubjekt fehle.[1] Diese Argumentation ist jedoch nichts anderes als eine "Kapitulation des Verfassungsrechts vor einem BGB-Begriff".[2] Dem Vorrang unserer Verfassung vor dem einfachen Gesetzesrecht würde viel eher die umgekehrte Folgerung gerecht, daß die Zuerkennung von Grundrechten an den nasciturus zu einer Modifizierung des § 1 BGB führen müsse.[3] Die dargestellten Gegenmeinungen vermögen deshalb nicht zu überzeugen.

b) Die Schutzbedürftigkeit des nasciturus als Grund für die Zuerkennung der Grundrechte des Art. 2 II 1 GG

Es ist vielmehr erforderlich, bereits dem nasciturus den Grundrechtsschutz des Art. 2 II 1 GG angedeihen zu lassen. Schutzgut des Art. 2 II 1 GG ist das menschliche Leben schlechthin. Das menschliche Leben beginnt aber nicht erst mit der Geburt, sondern schon mit der Empfängnis. Im Augenblick der Verschmelzung von Ei und Samenzelle - genauer: mit der Vereinigung der Chromosomen - entsteht ein neues menschliches Wesen, das alsbald zu wachsen, das heißt zu leben beginnt.[4]
Der verfassungsrechtliche Schutz des Lebens muß zum frühesten Zeitpunkt eingreifen, in dem überhaupt von einem neu entstehenden menschlichen Wesen gesprochen werden kann; das aber ist der Zeitpunkt der Konjugation und nicht erst der Zeitpunkt, in welchem sich die befruchtete Eizelle in die Schleimhaut der Gebärmutter einnistet (Nidation). Eine solche Auslegung des Art. 2 II 1 GG erweist sich in Richtung auf den Staat als den eigentlichen Grundrechtsadressaten auch als notwendig. Nur eine solche extensive Interpretation kann beispielsweise eine "Massenabtreibung" im Frühstadium durch Einbringen nidationshindernder Substanzen in das Trinkwasser rechtlich ausschließen.[5]
Des gleichen Schutzes wie das Leben bedarf auch die körperliche Integrität der Leibesfrucht. Durch Ansteckung der Mutter sowie durch mechanische, chemische oder Strahlungseinwirkungen können dem Kinde schon im Mutterleib Verletzungen zugefügt werden, welche zu dauernden körperlichen oder geistigen Defekten

---

1) So Hamann (1. Aufl. 1956): Anm. C 8 zu Art. 2 GG; in der 2. Aufl. 1960 Anm. B 8 zu Art. 2 GG, aber ohne Begründung; ferner Anm. C 2 (1. Aufl.) bzw. Anm. B 2 (2. Aufl.) zu Art. 1 GG.

2) So Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog, Rdnr. 21 zu Art. 2 II GG.

3) In diesem Sinne Hildegard Krüger, in: Krüger/Breetzke/Nowack: GleichberG, Einl. Nrn. 245 ff; Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog, Rdnr. 21 zu Art. 2 II GG.

4) Laufs: NJW 1965, 1054; Naujoks, in: Wolf/Naujoks: Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit, S. 30 f; Fabricius: Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 113.

5) So Herzog, in: JR 1969, S. 441 ff (insbes. Fn. 12).

führen können.[1] So ist z.B. das ungeborene Kind zehn- bis zwanzigmal weniger widerstandsfähig gegen radioaktive Strahlen als der Erwachsene. Schon fünf bis sieben Strahlungseinheiten (rads) können den Fötus schädigen - das entspricht etwa zwei bis drei Röntgenaufnahmen des mütterlichen Unterleibs.[2] Eine Gefährdung des nasciturus durch die öffentliche Gewalt würde demnach bereits dann eintreten, wenn die Behörden auch schwangere Frauen zur Teilnahme an Röntgen-Reihenuntersuchungen verpflichteten.
Angesichts der Möglichkeit einer Verletzung durch die öffentliche Gewalt muß auch das keimende Leben den Schutz des Art. 2 II 1 GG genießen, weil dieses Grundrecht die biologische Basis der menschlichen Persönlichkeit von Anfang an sichern will und das menschliche Leben bereits mit der Empfängnis beginnt.[3] Mit dieser Erkenntnis ist allerdings noch nichts darüber ausgesagt, ob der Staat auch verpflichtet wäre, das keimende Leben gegenüber Angriffen durch Private mit strafrechtlichen Normen wie § 218 StGB zu verteidigen. Eine so weitgehende verfassungsrechtliche Bindung des Gesetzgebers wird von Herzog[4] zu Recht abgelehnt.

2. Die Teil-Rechtsfähigkeit des nasciturus im Privatrecht und im Verfassungsrecht

Wenn aber der nasciturus die in Art. 2 II 1 GG gewährleisteten Grundrechte aktuell innehat, dann stellt sich die Frage, warum nicht bereits der werdende Mensch als voll grundrechtsfähig anzusehen ist. Schon im Preuss. Allgemeinen Landrecht von 1794 war bestimmt: "Die allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren auch den noch ungeborenen Kindern, schon von der Zeit ihrer Empfängnis" (Teil I Titel 1 § 10). Für die bürgerlichen Rechte folgte allerdings in § 12 a.a.O. eine Einschränkung für den Fall der Totgeburt. Eine ähnliche Regelung enthält Art. 31 II Schweiz. ZGB: "Vor der Geburt ist das Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, daß es lebendig geboren wird". Die Rechtsfähigkeit besteht also

---

1) Stoll, in: Nipperdey-Fschr. Bd. I, S. 739; Laufs: NJW 1965, S. 1053 ff.
2) Das ergaben die Untersuchungen des Radiologen Sternglass (Univ. Pittsburgh/USA), vgl. "Die Zeit" Nr. 49 v. 5.12.1969 (S. 72).
3) Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog, Rdnr. 21 zu Art. 2 II GG; Giese/Schunck: Anm. II 1 zu Art. 2 GG; v. Mangoldt/Klein: Anm. V 2 zu Art. 2 GG; Wertenbruch: GG und Menschenwürde, S. 199 f.
4) Herzog: JR 1969, S. 443 ff; a.A. Dürig: a.a.O., Rdnr. 22 zu Art. 2 II GG; Engelhardt: FamRZ 1963, 3.

wie beim geborenen Menschen, aber auflösend bedingt durch die Totgeburt.[1)]

a) Die These von Wolf und Naujoks: Der nasciturus ist rechtsfähig

Ernst Wolf und Hans Naujoks[2)] haben die These aufgestellt, daß auch in unserer Rechtsordnung bereits das Kind im Mutterleibe als Mensch rechtsfähig sei. So fordere es das Naturrecht, dem der Vorrang vor dem entgegenstehenden § 1 BGB zukomme. Davon abgesehen sei § 1 BGB ohnehin durch zahlreiche ihm widersprechende Vorschriften des BGB[3)] faktisch außer Kraft gesetzt.[4)] Der Schluß von der Prämisse, daß der werdende Mensch in mancher Hinsicht Subjekt von Berechtigungen ist, auf die volle Rechtsfähigkeit des nasciturus ist aber nur dann logisch zwingend, wenn man die Möglichkeit einer Teil-Rechtsfähigkeit nicht anerkennt.
So bestreitet Ernst Wolf sehr nachdrücklich, daß es eine geminderte, teilweise Rechtsfähigkeit gebe, weil die Rechtsfähigkeit "nur im ganzen bejaht oder verneint werden" könne.[5)] Zwar geht auch Wolf davon aus, daß die allgemeine Rechtsfähigkeit kein "universales juristisches Vermögen" bedeute, das grundsätzlich alle nur denkbaren Rechte und Pflichten umfasse. Daß ein neugeborenes Kind noch nicht ehefähig sei, ergebe sich aus dem natürlichen Wesen des Menschen; ebenso sei der Umfang der Rechtsfähigkeit der juristischen Personen der Natur der Sache nach im wesentlichen auf das Gebiet des Vermögensrechts beschränkt.[6)] Eine derartige inhaltliche Beschränktheit gehöre jedoch zur Rechtsfähigkeit als solcher und sei daher begrifflich bedeutungslos.[7)]
Demgegenüber mehren sich in Literatur und Rechtsprechung die Stimmen, die dem nasciturus eine partielle Rechtsfähigkeit zusprechen.

b) Die höchstrichterliche Rechtsprechung betreffend die Rechtsfähigkeit des nasciturus

Der Bundesgerichtshof[8)] hat einem Kinde, das mit einer angeborenen Lues zur

---

1) Egger: Komm. z. Schweiz. ZGB Bd. I Anm. 8 zu Art. 31; Merz, in: ZSchwR Bd. 76 (1957), S. 332.
2) Wolf/Naujoks: Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen (Frankfurt 1955).
3) Vgl. insbesondere §§ 331 II, 844 II, 1912, 1923 II, 2043 I, 2108 I BGB.
4) Wolf/Naujoks: Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit, S. 230.
5) Wolf/Naujoks: Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit, S. 209.
6) Vgl. RGZ 49, 292 (294 f); Endemann im Hdwb. d. Rechtswissensch. Bd. IV, S. 653.
7) Wolf/Naujoks: Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit, S. 210.
8) Urt. v. 20.12.1952 - BGHZ 8, 243 ff = JZ 1953, 307 f mit methodenkrit. Anm. v. Rudolf Schmidt.

Welt gekommen ist, weil seine Mutter als Patientin durch das - von einem Krankenhaus zu vertretende - Verschulden bei einer Bluttransfusion mit Lues angesteckt worden war, bevor das Kind empfangen wurde, Schadensersatzansprüche aus § 823 I BGB zugesprochen. In seinen Gründen hat der BGH ausgeführt, das Leben des nasciturus, auch wenn er nicht rechtsfähig sei, dürfe nicht ohne Schutz bleiben. Der Anspruch wurde damit begründet, daß Gegenstand des Rechtsstreits nicht der Schaden einer Leibesfrucht, sondern der Schaden sei, den das Kind dadurch erlitten habe, daß es als kranker, luesbehafteter Mensch geboren sei.

Der BGH konnte sich also nicht entschließen, der Leibesfrucht vom Augenblick der Empfängnis an bereits eine partielle Rechtsfähigkeit zuzusprechen, obwohl das Kind bereits im Mutterleib geschädigt worden war; denn die Spirochäten gehen aus dem Körper der mit Lues infizierten Mutter etwa vom 4. Schwangerschaftsmonat an auf die bereits in der Entwicklung begriffene Leibesfrucht über. [1)]

Das Bundessozialgericht[2)] hat einem Kinde einen Anspruch gem. §§ 1 I, II Buchst. a; 5 I Buchst. d BVG i.d.F. v. 27.6.1960 (BGBl. I 453) zugesprochen, weil die zur Zeit der Besetzung in Danzig lebende schwangere Mutter während der Schwangerschaft schweren Beeinträchtigungen (mehrfache Vergewaltigung und Mißhandlung) durch die Besatzungstruppen ausgesetzt gewesen sei, durch die das Kind in seinem embryonalen Zustand geschädigt worden sein soll. Die Voraussetzung der §§ 1 ff BVG, das Vorhandensein einer "lebenden und rechtsfähigen Person", soll nach Auffassung des BSozG beim nasciturus zwar nicht vorliegen. Das Gericht nimmt jedoch an, daß im Wege der Rechtsfindung eine Lücke im BVG zu schließen sei und nach der vorzunehmenden Rechtsergänzung Versorgungsansprüche der Klägerin begründet seien. Als "Opfer des Krieges" müsse auch eine solche Person angesehen werden, die durch kriegsbedingte und im übrigen als rechtserheblich anerkannte Schädigungstatbestände als Leibesfrucht so betroffen worden sei, daß sich bei ihr nach der Geburt Gesundheitsstörungen als Folge der Schädigung zeigten.
Inzwischen hat auch der BGH anerkannt, daß eine Verfolgung i.S. d. BEG darin bestehen könne, daß einem ungeborenen Kinde aus den Gründen des § 1 BEG die öffentliche Hilfe versagt worden sei, die der Sicherung seiner Gesundheit und Lebenstüchtigkeit zu dienen bestimmt sei. [3)]

Das Bundesverwaltungsgericht[4)] hat schließlich die beschränkte Rechtsfähigkeit

---

1) Rudolf Schmidt: JZ 1953, 308 unter Berufung auf Seitz, in: Stoeckels Lehrbuch der Geburtshilfe (11. Aufl. 1951), S. 550.
2) Urt. v. 24.10.1962 - FamRZ 1963, S. 232 ff mit Anm. v. Fabricius.
3) BGH, Urt. v. 20.10.1967 - RzW 1968, S. 168 ff.
4) Urt. v. 27.2.1962 - BVerwGE 14, 43 f.

des nasciturus ausdrücklich anerkannt, als es sich mit der Frage zu befassen hatte, ob ein nasciturus Vertriebener im Sinne des § 11 LAG sein könne. Es bejahte die Frage, weil die Leibesfrucht das gleiche Schicksal sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht wie die Eltern erlitten habe. Dabei erkannte das BVerwG dem bereits erzeugten aber noch nicht geborenen Kinde eine beschränkte Rechtsfähigkeit jedenfalls insoweit zu, als es sich um den Erwerb von Rechten handele. [1)]

Auch bei den seit Jahren anhängigen "Contergan"-Verfahren ist die körperliche Schädigung des Kindes möglicherweise durch die Verletzung des Elementarbereichs der Leibesfrucht verursacht worden, so daß sich auch hier die Frage nach der Rechtsfähigkeit des nasciturus stellt.

c) Die Teil-Rechtsfähigkeit des nasciturus im Privatrecht (insbesondere die Ansicht von Fabricius)

Eine Überprüfung der den nasciturus berücksichtigenden Gesetzesvorschriften[2)] ergibt, daß der Elementarbereich von Leben und körperlicher Integrität der Leibesfrucht überhaupt nicht Gegenstand einer gesetzlichen Regelung geworden ist.[3)] Den Schöpfern des BGB kam es nur darauf an, der Leibesfrucht für den Fall ihrer Lebendgeburt schon gewisse Vermögensrechte zu sichern, wobei es sich "in der Hauptsache ... um eine Fürsorge auf dem Gebiete des Erbrechts"[4)] handeln sollte.
Die Nichtberücksichtigung der elementaren Lebensinteressen der Leibesfrucht durch den Gesetzgeber hat zu einer echten ausfüllungsbedürftigen Gesetzeslücke geführt.[5)] Diese Lücke ist durch eine Analogie zu den für Menschen nach Vollendung der Geburt geschaffenen Vorschriften auszufüllen, soweit sie elementare Grundinteressen schützen.[6)] Mag es für den Bereich des Vermögensrechts auch nicht so entscheidend darauf ankommen, wie man die der Leibesfrucht vorbehaltenen Rechte mit Rücksicht auf das angeblich noch nicht vorhandene Rechtssub-

---

1) So BVerwGE 14, 43 (44) unter Berufung auf Staudinger/Coing: Rdnr. 9 zu § 1 BGB und Enneccerus/Nipperdey: Allg. Teil Bd. I/1 § 84 II 3 (S. 481 f), die ebenfalls eine beschränkte Rechtsfähigkeit des nasciturus anerkennen.

2) §§ 331 II, 844 II 2 BGB; § 3 II 2 HaftpflG; § 10 II 2 StVG; § 35 II 2 LuftVG; §§ 1912, 1923 II, 2043 I, 2108, 1963, 2141 BGB.

3) So Fabricius FamRZ 1963, S. 404.

4) Motive Bd. I, S. 29.

5) Zum Problem der Auffindung und Ausfüllung von Lücken vgl. Larenz: Methodenlehre, S. 350 ff; Bartholomeyczik: Kunst der Gesetzesauslegung, S. 79 ff.

6) Fabricius: FamRZ 1963, 410.

jekt konstruiert, so "ist es für den elementaren Bereich unerläßlich, den nasciturus als Rechtssubjekt anzuerkennen; denn nur auf diese Weise ist es möglich, ihm ohne innere Widersprüche Ansprüche aus Gesundheitsschäden oder sonstigen Beeinträchtigungen seiner elementaren Individualität, die er während der Schwangerschaft der Mutter erlitten hat, zuzuordnen". [1] Deshalb faßt heute die im Zivilrecht herrschende Lehre das Recht des werdenden Menschen auf Leben und Gesundheit als subjektives Recht im Sinne des § 823 I BGB auf. [2] Das heißt aber nicht, daß sie den nasciturus deswegen als voll rechtsfähiges Subjekt betrachtet. Wie bereits dargelegt wurde, [3] wird die Rechtssubjektivität jeweils durch die einzelne Rechtsnorm begründet. Es ist der einzelnen Rechtsnorm zu entnehmen, an wen als Adressaten sie sich wenden bzw. wer Träger einer Berechtigung sein soll. Es ist also keineswegs so, daß die Rechtsfähigkeit (im rechtstechnischen Sinne) gleichsam im Sinne einer Kausalbeziehung Voraussetzung der Trägerschaft von Rechten und Pflichten wäre. [4] Damit erschließt sich aber die Möglichkeit, daß es neben der allgemeinen Voll-Rechtsfähigkeit auch eine Teil-Rechtsfähigkeit gibt, von der immer dann gesprochen werden kann, wenn ein Rechtsträger lediglich als Zuordnungssubjekt von einzelnen Normen oder eines Teilgebietes der Rechtsordnung in Betracht kommt. [5] Es hat sich gezeigt, daß

---

1) Fabricius: FamRZ 1963, 409.

2) Enneccerus/Nipperdey: Allg. Teil Bd. I/1 § 84 II 3 Fn. 10 (S. 482); Staudinger/Coing: Rdnr. 14 a zu § 1 BGB; Soergel/Siebert: Rdnr. 5 zu § 1 BGB, 20 zu 823 BGB; R. Schmidt: JZ 1952, 167; Wolf/Naujoks, S. 164 ff; Fabricius: Relativität d. RF, S. 7 ff; Deynet: Rechtsstellung des nasciturus, S. 145 ff; Neuer RdJ 1963, 308 f; Laufs: NJW 1965, 1055, Stör: Der Deliktschutz des Ungeborenen (1968) -
a. A. Heldrich: Der Deliktschutz des Ungeborenen, JZ 1965, 593 ff. Auch er will zwar dem nasciturus den Schutz des § 823 I BGB zukommen lassen, jedoch mit der wenig überzeugenden Begründung, nichts zwinge dazu, "Persönlichkeitsgüter wie Leben, Körper oder Gesundheit als subj. Rechte im techn. Sinne aufzufassen, deren Innehabung die Rechtsf. voraussetzen würde (S. 597). Selb, AcP 166 (1966), S. 76 ff behandelt das Problem in einer wenig lebensnahen Weise, indem er zwischen natürl. und rechtl. Verletzung unterscheidet u. die Verletzung im rechtl. Sinne bei vorgeburtl. Schädigung erst mit dem Zeitpunkt der Vollendung der Geburt als dem Beginn der Rechtsfähigkeit eintreten läßt.

3) Siehe oben unter B II 1 a (S. 30).

4) Vgl. Bachof: Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, in: AöR 83 (1958), S. 208 ff (260 f).

5) Zum Begriff der Teil-Rechtsfähigkeit vgl. Fabricius: Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 61.

insbesondere für das Verständnis des Verbandsrechts der Begriff der Teil-Rechtsfähigkeit geradezu unentbehrlich ist.[1] Denn es gibt zahlreiche soziale Gebilde, die im Sinne des rechtstechnischen Begriffs der (Voll-)Rechtsfähigkeit zwar "nicht rechtsfähig" sind, die aber gleichwohl in einzelnen Beziehungen als Träger von Rechten und Pflichten anerkannt werden, so daß insoweit von partiell rechtsfähigen Subjekten gesprochen werden kann.[2] Während sich die Voll-Rechtsfähigkeit auf den Gesamtkomplex von Rechten und Pflichten eines Rechtsgebietes erstreckt, entsteht die Teil-Rechtsfähigkeit durch Einzelzuweisungen von Rechten und Pflichten.[3]

Wenn nun in der Rechtsdogmatik neben der Voll-Rechtsfähigkeit eine partielle Rechtsfähigkeit anerkannt wird, dann ist nicht einzusehen, weshalb das "Naturrecht" beim Menschen schon vor der Geburt die volle Rechtsfähigkeit fordern sollte.[4]

Da das Recht eine Ordnungsfunktion zu erfüllen hat und daher auf die Belange der Rechtssicherheit, der Zweckmäßigkeit und der Praktikabilität Rücksicht nehmen muß, erscheint es durchaus sinnvoll, daß die Voll-Rechtsfähigkeit auf dem Gebiete des privaten Vermögensrechts grundsätzlich an einen äußerlich leicht erkennbaren Sachverhalt wie den der Vollendung der Geburt anknüpft.[5] Dem nasciturus ist nicht die volle, sondern nur eine Teil-Rechtsfähigkeit zuzuerkennen, weil er "nicht generell, sondern nur in einzelnen Beziehungen in die Rechtsordnung hineingestellt worden ist, und dementsprechend auch nicht generell einen gesetzlichen Vertreter hat, wie ein Neugeborener".[6] Auch die Anerkennung sei-

---

1) Bachof: AöR 83, S. 208 ff (S. 263).

2) Dazu vor allem Fabricius (Relativität der Rechtsfähigkeit), der u. a. die verschiedenen Formen der bürgerlich-rechtlichen Gemeinschaften zur gesamten Hand, die BGB-Gesellschaft, den nicht rechtsfähigen Verein und die OHG daraufhin untersucht hat. - Der BGH hat bereits die aktive Parteifähigkeit der Gewerkschaften, die als nicht rechtsfähige Vereine organisiert sind, wenigstens auf einem Teilgebiet anerkannt (BGHZ 42, 210).

3) Bachof: AöR 83, S. 264; H.J. Wolff: VerwR I § 32 II b 2 (S. 181).

4) Rudolf Schmidt: AcP 155, S. 78.

5) So Fabricius: Relativität d. Rechtsfähigkeit, S. 114; vgl. auch Rudolf Schmidt: AcP 155, S. 76 und Firsching: FamRZ 1957, S. 103, der zu Recht darauf hinweist, daß es für die Praxis untragbar sei, wenn die Möglichkeit der Feststellung des Rechtssubjekts weitgehend vom Willen der Frau abhängig gemacht werde.

6) So Fabricius: a. a. O., S. 117; eine partielle Rechtsfähigkeit des Embryo nach § 1923 II BGB bejaht auch Schnorr von Carolsfeld: Arbeitsrecht § 11 B III 2 c (S. 414); ebenso Stoll: Nipperdey-FSchr. Bd. I, S. 755; vgl. ferner das auf S. 43 Fn. 2 zitierte Schrifttum.

nes Rechts auf Leben und Gesundheit schließt lediglich die Annahme einer dahingehend beschränkten Teil-Rechtsfähigkeit in sich.[1)]

d) Die Teil-Rechtsfähigkeit des nasciturus im Verfassungsrecht

Die durch Art. 1 I GG garantierte Würde des Menschen kommt auch dem nasciturus zu.[2)] Desgleichen ist der nasciturus bereits Inhaber der Grundrechte auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG).[3)]
Auch im Bereich des Verfassungsrechts zwingt die Zuordnung einzelner Grundrechte jedoch nicht dazu, dem nasciturus generelle Grundrechtsfähigkeit zuzusprechen. Die Verfassung gebietet zwar, daß auch dem werdenden Menschen der für ihn notwendige Grundrechtsschutz zuteil wird, sie gebietet damit aber nicht, den Eintritt der generellen Grundrechtsfähigkeit bis zum Zeitpunkt der Empfängnis vorzuverlegen. Entsprechend der allgemeinen Rechtsfähigkeit nach § 1 BGB erweist es sich auch im Bereich der Freiheitsrechte als zweckmäßig, den Beginn der generellen Grundrechtsfähigkeit des Menschen an den äußerlich eindeutig erkennbaren Tatbestand der Vollendung der Geburt zu knüpfen. Der Forderung, dem nasciturus den erforderlichen Schutz durch die Verfassung zuteil werden zu lassen, kann in vollem Umfang dadurch Rechnung getragen werden, daß dem nasciturus eine partielle Grundrechtsfähigkeit zuerkannt wird, die sich auf das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) sowie auf das in Art. 14 I GG gewährleistete Erbrecht beschränkt.[4)]
Der Begriff der partiellen Grundrechtsfähigkeit ist im übrigen nicht nur zur Umschreibung der verfassungsrechtlichen Stellung des nasciturus, sondern auch für die grundrechtliche Qualifizierung bestimmter Verbände und Anstalten unentbehrlich. So gelten die Grundrechte z.B. grundsätzlich nicht für juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen.[5)] Wenn nämlich die Grundrechte in erster Linie der Abgrenzung der Freiheitssphäre des Bürgers gegen den Staat dienen, dann ist es damit unvereinbar, den Staat selbst zum Teilhaber oder Nutznießer der Grundrechte zu machen.[6)] Dennoch kommt dem Staat und den anderen Hoheitsträgern eine partielle Grundrechts-

---

1) Stoll: a.a.O.
2) Dürig: AöR 81, 126; Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 24 zu Art. 1 GG und die h.M. vgl. Nipperdey, in: GRe II, 4; Lindemann DVBl. 1957, 40; Wintrich: BayVBl. 1957, 137; Wolf/Naujoks, S. 145; Hildegard Krüger: GleichberG, Einl. 245.
3) Siehe oben unter B III 1 b (S. 38 f) mit Nachw.
4) Vgl. Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Art. 1 I Rdnr. 24 Fn. 2.
5) BVerfGE 21, 362 (369 f).
6) BVerfG, a.a.O.

fähigkeit im Hinblick auf diejenigen Grundrechte zu, welche verfahrensrechtliche Garantien enthalten (Art. 101 und 103 Abs. I GG); denn als Rechtsschutzsuchender hat der Staat dieselbe Stellung wie jeder andere.[1] Religionsgemeinschaften kommen in den sie betreffenden Freiheitsbereichen als Grundrechtsträger in Betracht, auch wenn sie gemäß Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 WRV als Körperschaften des öffentlichen Rechts anerkannt sind. Partielle Grundrechtsfähigkeit im Hinblick auf die Wissenschafts-, Forschungs- und Lehrfreiheit (Art. 5 III GG) kommt ferner den Universitäten und wissenschaftlichen Hochschulen zu.[2] Im Anschluß an das Fernsehurteil des BVerfG[3] bejaht Schmidt-Bleibtreu auch die partielle Grundrechtsfähigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.[4]

C. DIE INTERESSENWAHRNEHMUNG DURCH GESETZLICHE VERTRETER IM BEREICH DER FREIHEITSRECHTE

Im voranstehenden Abschnitt ist dargelegt worden, daß die Freiheitsrechte auch Kindern und Geisteskranken, ja sogar dem nasciturus aktuell zustehen können, soweit diese Träger der durch das jeweilige Grundrecht geschützten Interessen sind. Dabei hat sich gezeigt, daß es wenig sinnvoll ist, den Begriff der Rechtsfähigkeit undifferenziert aus dem Zivilrecht in den Bereich des Verfassungsrechts zu übertragen, weil der Normzweck in jedem einzelnen Rechtsgebiet verschieden ist.[5] Während das Zivilrecht vor allem die Regelung des vermögensrechtlichen Rechtsverkehrs zum Gegenstand hat, kommt es für den verfassungsrechtlichen Grundrechtsbereich primär auf den Schutz individueller Rechtsgüter innerhalb der staatlichen Gemeinschaft an.
Im folgenden soll nunmehr untersucht werden, ob und ggf. inwieweit die von der Zivilrechtsdogmatik herausgearbeitete Unterscheidung zwischen Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit und das damit korrespondierende Institut der gesetz-

---

1) Schmidt-Bleibtreu: in: Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein: Rdnr. 31 zu § 90 BVerfGG.

2) BVerfGE 15, 256 (261 f); Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 40 zu Art. 19 III GG.

3) BVerfGE 12, 205 (261).

4) Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein: Rdnr. 32 a zu § 90 BVerfGG.

5) Vgl. dazu Gschwendtner: Der Begriff der jur. Person im Verfassungsrecht, S. 44 f; Krause: VerwArch Bd. 61 (1970), S. 297 (S. 301 f).

lichen Vertretung auch für den Bereich der Freiheitsrechte nutzbar gemacht werden kann.

I. Die Notwendigkeit der Interessenwahrnehmung durch Vertreter als Grund für die Unterscheidung von Rechtsfähigkeit und rechtlicher Handlungsfähigkeit

Unter einem subjektiven Recht versteht man die von der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt zur Wahrung seiner Interessen gewährte Rechtsmacht (Willensmacht).[1] Neben dem Gut oder Interesse als dem materialen Element des subjektiven Rechts steht als formales Element die von der Rechtsordnung gewährleistete Rechtsmacht (Willensmacht).
Während das aktuelle Zustehen eines subjektiven Rechts beim Träger lediglich die betreffende Interessenfähigkeit voraussetzt, kann die Ausübung einer Berechtigung regelmäßig nur durch ein zu vernünftiger Willensbildung fähiges Subjekt erfolgen. "Da das objektive Recht eine vernünftige Ordnung der gesellschaftlichen Verhältnisse sicherstellen will, kann es im allgemeinen nicht auf den Willen schlechthin, sondern nur auf den vernünftigen Willen abstellen. Dieser setzt einerseits eine gewisse Reife, andererseits das Fehlen von Trübungen des Verstandes voraus".[2]
Daraus ergibt sich das Problem, daß Kinder und Geisteskranke infolge der Schutzbedürftigkeit ihrer Lebens-, Freiheits- und Vermögensinteressen bereits Träger von subjektiven Rechten, insbesondere auch von Freiheitsgrundrechten sein können, obwohl sie die zur Ausübung dieser Rechte erforderliche Fähigkeit zu vernünftiger Willensbildung (noch) nicht in ausreichendem Maße besitzen.

1. Das Erfordernis der Interessenverfolgung durch Vertreter

Für die dogmatische Erfassung der Rechtsstellung von Personen, denen bei vorhandener Interessefähigkeit die erforderliche Willensfähigkeit fehlt, bieten sich theoretisch zwei Möglichkeiten:

a) Wenn es bei der Ausübung subjektiver Rechte auf den rechtlich bedeutsamen Willen ankommt, könnte man die Rechtsfähigkeit auf den Kreis der zu ver-

---

1) Vgl. z.B. Georg Jellinek: System, S. 44; Enn./Nipperdey: Allg. Teil § 72 (S. 429); Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 34 zu Art. 19 IV GG.

2) So Nawiasky: Allg. Rechtslehre § 12 A 3 (S. 175).

nünftiger Willensbildung fähigen Personen beschränken. Für den Bereich des bürgerlichen Vermögensrechts ist auch bereits die These aufgestellt worden, daß Kinder und Geisteskranke gar nicht Subjekte der durch ihr Vermögen gegebenen rechtlichen Macht seien, vielmehr stehe diese als eine amtliche, im Interesse des Mündels gebundene Kompetenz dem Vertreter zu.[1] Eine derartige Lösung ist teilweise im englischen Common Law verwirklicht, wo z.B. Minderjährige kein Grundeigentum haben können, sondern das Eigentum unter dem Titel selbständiger Rechtsträgerschaft bei einem Treuhänder (trustee) liegt, der im wesentlichen die Funktionen eines Stellvertreters ausübt.[2]
Diese Konstruktion, welche die Rechte des im juristischen Sinne Handlungsunfähigen einer anderen Person als Treuhänder zuweist, ist für das private Vermögensrecht logisch ohne weiteres durchzuhalten. Im Bereich der Grund- und Freiheitsrechte, welche die Existenz und die freie Entfaltung der Persönlichkeit gewährleisten sollen, ist es jedoch unvorstellbar, etwa den Vormund als Subjekt der Rechte des Mündels auf Leben oder auf Freiheit der Meinungsäußerung anzusehen.

b) Wenn man somit den Unmündigen oder den Geisteskranken die Freiheitsrechte nicht überhaupt absprechen will, dann bleibt nichts anderes übrig, als fremde Personen mit der Wahrnehmung ihrer Rechte zu betrauen. Ist bei einem Grundrechtsträger der Verstand noch nicht so weit ausgebildet, daß er fähig ist, seine grundrechtlich geschützten Interessen mit hinreichender Klarheit zu erkennen und nach dieser Erkenntnis zu gebrauchen, dann muß dies im Rahmen des Möglichen durch die Hilfe anderer geschehen. Es kommt daher darauf an, zu vernünftiger Willensbildung fähige Personen zu bestimmen, welche die Interessen der Unmündigen wahrzunehmen haben; denn der Träger des auf die Interessenverfolgung gerichteten Willens und der Destinatär des Interesses brauchen grundsätzlich nicht identisch zu sein.[3]
Nach unserer Rechtsordnung sind in erster Linie die Eltern und Vormünder als gesetzliche Vertreter dazu berufen, die Interessen ihrer Kinder und Mündel wahrzunehmen. Da das Institut der gesetzlichen Vertretung sowohl im Bereich des privaten als auch des öffentlichen Rechts verwandt werden kann, kann durch dieses Rechtsinstitut der Grundrechtsschutz auch den im juristischen Sinne handlungsunfähigen Minderjährigen und Geisteskranken zuteil werden. Damit erweist sich die Interessenverfolgung durch gesetzliche Vertreter und die dadurch bedingte Unterscheidung zwischen Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit grundsätzlich

1) So Hölder: Natürliche und jur. Personen (1905), S. 120 ff; ähnlich Binder: Problem der jur. Persönlichkeit (1907), S. 62 ff.
2) James: Introduction to English Law, p. 118.
3) Georg Jellinek: System, S. 44.

auch im Bereich der Freiheitsrechte als erforderlich.
Trotz dieser grundsätzlichen Möglichkeit der Fremdbestimmung im Grundrechtsbereich wird jedoch bei den folgenden Erörterungen zu berücksichtigen sein, daß die einzelnen Typen von Freiheitsrechten wegen ihres unterschiedlichen Inhalts nicht in gleichem Maße einer Wahrnehmung durch Vertreter zugänglich sind.

2. Das Verhältnis der Rechtsfähigkeit zur Handlungsfähigkeit im natürlichen und im juristischen Sinne

Aus der Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Rechtsfähigkeit und rechtlicher Handlungsfähigkeit wird im Schrifttum zum bürgerlichen Recht überwiegend die Folgerung hergeleitet, daß Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit "scharf von einander zu trennen" seien.[1] Für die Handlungsfähigkeit im juristischen Sinne, zu der die Geschäftsfähigkeit und die Deliktsfähigkeit gehören, trifft dies auch in vollem Umfange zu. Dieses "Trennungsdenken" darf jedoch nicht dazu führen, daß dabei die Zusammenhänge übersehen werden, welche zwischen der Rechtsfähigkeit und der Handlungsfähigkeit im natürlichen Sinne bestehen.

a) Die Entstehung der Begriffe "Rechtsfähigkeit" und "Handlungsfähigkeit"

Die Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte des Begriffs der Rechtsfähigkeit[2] zeigt, daß dieser Begriff in der Fähigkeit des Menschen zu verantwortlichem Handeln wurzelt. Kant, der Philosoph der sittlichen Selbstverantwortung, hat den Gedanken der allgemeinen Rechtsfähigkeit des Menschen zuerst proklamiert.[3] Der Begriff selbst taucht in der Rechtswissenschaft zum ersten Male im Jahre 1803 bei Thibaut[4] auf.[5] Ganz im Sinne der Gedanken Kants setzt Thibaut beim rechtsfähigen Subjekt "Vernunft und Willen" voraus,[6] so daß bei ihm der Begriff der Rechtsfähigkeit den der Handlungsfähigkeit noch in sich schließt.
Die Einordnung unmündiger Kinder, Geisteskranker und juristischer Personen

---

1) Vgl. z.B. Enn./Nipperdey: Allg. Teil § 83 I; Staudinger/Coing: Vorbem. zu § 1 BGB, Anm. 1 und 9; weitere Nachw. b. Fabricius: Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 39, Fn. 5.
2) Eine ausführliche Darstellung findet sich bei Fabricius: Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 37 ff.
3) Vgl. Conrad: Individuum und Gemeinschaft (1956).
4) Thibaut: System des Pandekten-Rechts (1803) §§ 188 ff.
5) Michaelis: DRW 1937, 306.
6) Thibaut: System des Pandektenrechts (7. Aufl. 1828) § 208.

unter dem Begriff der Rechtsfähigkeit ließ jedoch dogmatisch gesehen die Unterscheidung von Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit geboten erscheinen. Es war Savigny, der die Rechtsfähigkeit als das "mögliche Haben der Rechte" begrifflich von der Handlungsfähigkeit als dem "möglichen Erwerb derselben" trennte.[1] Obwohl sich diese Unterscheidung in der deutschen Rechtsordnung vollständig durchgesetzt hat,[2] sind in der Wissenschaft bis heute immer wieder Versuche gemacht worden, das Merkmal des Handeln-Könnens, also der natürlichen Handlungsfähigkeit, in den Begriff der Rechtsfähigkeit aufzunehmen.[3]

b) Das Verhältnis von Rechtsfähigkeit, aktuellem Zustehen von Rechten und natürlicher Handlungsfähigkeit

In jüngster Zeit ist Fabricius, der sich in seiner Habilitationsschrift[4] sehr eingehend mit Funktion und Inhalt des Begriffs der Rechtsfähigkeit auseinandergesetzt hat, zu dem Ergebnis gelangt, daß es mit dem geltenden Recht durchaus vereinbar sei, das Handeln-Können des Subjekts als Begriffselement in den Inhalt des logischen Begriffs der Rechtsfähigkeit aufzunehmen. Denn der Umfang der Rechtsfähigkeit des Einzelnen sei je nach dem natürlichen Handlungsvermögen des Subjekts relativiert. Fabricius definiert daher die Rechtsfähigkeit als "die Fähigkeit eines Menschen oder einer als Rechtssubjekt anerkannten sozialen Einheit, sich rechtlich wirksam zu verhalten, sei es auch durch einen Boten, Vertreter oder ein Organ".[5]
An dieser Definition hat Larenz allerdings zu Recht bemängelt, daß sie sogleich die Problematik des Handelns durch einen Boten, einen Stellvertreter oder ein Organ in sich aufnehme, und er hält deshalb an der von der herrschenden Lehre gegebenen Begriffsbestimmung der Rechtsfähigkeit fest.[6]
Geht man von der in dieser Untersuchung vorgenommenen Unterscheidung zwischen der Rechtsfähigkeit als einer Rechtseigenschaft potentieller Art und dem aktuellen Zustehen von Rechten aus, so kommt man zu dem Ergebnis, daß die natürliche Handlungsfähigkeit eines Rechtssubjekts zwar nicht auf dessen Rechtsfähigkeit, wohl aber auf das aktuelle Zustehen bestimmter Rechte einen Einfluß hat.

---

1) v. Savigny: System des heutigen Röm. Rechts Bd. III §§ 106 u. 113.
2) Anders etwa im angelsächsischen Rechtskreis.
3) Brinz: Lb. d. Pandektenrechts (1877) Bd. I, S. 37; Hölder: Nat. u. jur. Personen (1905); Binder: Problem der jur. Persönlichkeit (1907); Larenz, in: Grundfragen (1935), S. 233; Michaelis: Die Überwindung der Begriffe Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit, DRW 1937, S. 307 ff; Müller-Freienfels: Theorie der Vertretung, S. 181.
4) Fritz Fabricius: Relativität der Rechtsfähigkeit (1963).
5) Fabricius: Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 44 und S. 238.
6) Larenz: Allg. Teil § 11 I (S. 129) Fn. 1.

Die potentielle Fähigkeit einer Person, Subjekt von Rechtsverhältnissen und damit Inhaber von Rechten und Adressat von Rechtspflichten zu sein, ist unabhängig von dem natürlichen Handeln-Können zu denken. Dagegen ist bereits dargelegt worden, daß insbesondere bei denjenigen Grundrechten, welche Verhaltensfreiheiten gewährleisten, die konkret-aktuelle Grundrechts-Inhaberschaft des Einzelnen weitgehend von seiner natürlichen Handlungsfähigkeit abhängt. [1)]

Als Inhaber eines bestimmten Freiheits-Grundrechts kann nur angesehen werden, wer Träger des Rechtsguts oder Interesses ist, dem der Schutz des betreffenden Grundrechts dienen soll. Bei denjenigen Grundrechten, welche die Freiheit eines schlichten Verhaltens gewährleisten, wie z.B. seine Meinung zu äußern, sich zu informieren oder sich mit anderen zu versammeln, hängt deshalb das Vorhandensein des Guts oder Interesses (hier: Meinungs-, Informations- bzw. Versammlungsfreiheit) von der natürlichen physisch-psychischen Handlungsfähigkeit des Einzelnen ab. So hat etwa ein neugeborenes Kind, das als Mensch voll grundrechtsfähig ist, noch nicht die konkreten Grundrechte des Art. 5 I 1 und 8 GG, weil es seiner Entwicklung nach noch nicht fähig ist, eine Meinung zu äußern, Nachrichten aufzunehmen oder sich mit anderen zu versammeln.
Die Abhängigkeit des aktuellen Innehabens konkreter Rechte von der natürlichen Handlungsfähigkeit liegt letztlich darin begründet, daß "eine Zuordnung von Rechten und Pflichten gerade deshalb erfolgt, um dem Subjekt die Selbstentfaltung in seinem Dasein zu ermöglichen". [2)] Es ist demnach so, daß auch der Umfang der dem jungen Menschen aktuell zustehenden Freiheitsrechte geradezu mit seinem physisch-psychischen Vermögen wächst, bis die Grenzen der Möglichkeit einer Entfaltung seiner Persönlichkeit erreicht sind. [3)]

II. Die unterschiedliche Möglichkeit der Interessenwahrnehmung durch Vertreter bei den einzelnen Typen von Freiheitsrechten

Der junge Mensch ist in seinen frühen Entwicklungsstadien von der Hilfe anderer Menschen abhängig. Solange ein Kind noch nicht in der Lage ist, von seiner verfassungsrechtlich garantierten Freiheit in den verschiedenen Lebensbereichen in sinnvoller Weise Gebrauch zu machen und seine Freiheitsrechte selbständig auszuüben, ist es darauf angewiesen, daß die Eltern oder der Vormund seine Interes-

---

1) Siehe oben: B I 2 a (S. 22 f).
2) Fabricius: Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 237.
3) Vgl. Fabricius, a.a.O., S. 35.

sen wahrnehmen, es bei seinen Tätigkeiten durch ihre Anweisungen leiten und in rechtlichen Angelegenheiten vertreten.

1. Die "Ausübung" von Rechten

Wenn von der "Ausübung" von Grundrechten die Rede ist, so kann dieser Ausdruck in zweifacher Bedeutung gebraucht sein:
Unter Ausübung von Rechten versteht man gewöhnlich die Vornahme von Handlungen, die den Inhalt des betreffenden Rechts bilden.[1)]
In diesem Sinne erscheint die Ausübung von Freiheitsrechten als die Betätigung der durch das jeweilige Grundrecht gewährleisteten Freiheit in den verschiedenen Richtungen: im Äußern der eigenen Überzeugung (Art. 5 GG), in der Beteiligung an Versammlungen (Art. 8 GG), in der Teilnahme am religiösen Leben (Art. 4 GG), im Reisen von Ort zu Ort (Art. 11 GG), im Ausüben des Berufs (Art. 12 GG) usw..
In einem engeren Sinne versteht man unter der "Ausübung" eines Rechts die Geltendmachung der Ansprüche, die sich aus einer Rechtsstellung ergeben. So gesehen ist mit der "Ausübung" von Freiheitsrechten die Geltendmachung der Abwehransprüche gemeint, die bei einer Verletzung der durch die Grundrechtsnormen gewährleisteten Rechtspositionen des Einzelnen entstehen.
Im Interesse einer eindeutigen Terminologie sollen bei den folgenden Erörterungen die Begriffe "Ausüben" oder "Gebrauchen" nur für die Vornahme der durch das jeweilige Freiheitsrecht gewährleisteten Handlungen benutzt werden, während bei der verfahrensrechtlichen Durchsetzung eines beeinträchtigten Rechts von "Geltendmachen" gesprochen werden soll. Der Begriff der "Wahrnehmung" von Rechten soll als gemeinsamer Oberbegriff für die genannten Ausdrücke dienen.

2. Die Beteiligung von Eltern und Vormund bei der Wahrnehmung von Freiheitsrechten des Minderjährigen

Die Beteiligung von Eltern und Vormund bei der Wahrnehmung von Freiheitsrechten des Minderjährigen gestaltet sich verschieden, je nachdem um welche Art der Betätigung es sich handelt.

---

1) Nawiasky: Allg. Rechtslehre § 19, 1 (S. 252).

a) Rechtsgeschäftliche Handlungen

Für den Bereich rechtsgeschäftlichen Handelns wird die Ausübung subjektiver Rechte und die Teilnahme am Rechtsverkehr durch unmündige Kinder und Geisteskranke im deutschen Recht dadurch ermöglicht, daß Eltern und Vormünder als gesetzliche Vertreter an Stelle der Unmündigen tätig werden, so daß ihr Wille nunmehr für die Vertretenen maßgebend ist, oder dadurch, daß die Wirksamkeit bestimmter Rechtsgeschäfte von ihrer Zustimmung abhängt.
So wird etwa durch den Abschluß eines Lehrvertrages für einen Minderjährigen in der Form rechtsgeschäftlichen Handelns von der in Art. 12 I 1 GG garantierten Freiheit der Berufswahl Gebrauch gemacht. Der Beitritt zu einem Verein oder der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages (Art. 9 I GG) vollzieht sich ebenfalls in der Form eines Rechtsgeschäfts. Durch die privatrechtlichen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte werden durch die gesetzlichen Vertreter im Namen der Unmündigen oder unter ihrer Mitwirkung vermögenswerte Positionen geschaffen, die den Schutz des Art. 14 I GG genießen.
Bei der Erteilung der Einwilligung zum Eingriff in grundrechtlich geschützte Güter wie z.B. in die körperliche Integrität treten die Eltern oder der Vormund ebenfalls als gesetzliche Vertreter in Erscheinung. Man denke etwa an die Einwilligung der Eltern in eine Schutzimpfung ihres Kindes, die von den staatlichen Gesundheitsämtern auf freiwilliger Basis durchgeführt wird.

b) Verfahrensrechtliche Handlungen

Die Mitwirkung der Sorgeberechtigten als Vertreter beschränkt sich jedoch nicht nur auf den materiellrechtlichen Gebrauch grundrechtlicher Freiheit. Kinder und Geisteskranke, die nach dem Stand ihrer Entwicklung (noch) nicht in der Lage sind, vernunftgemäß zu handeln, sind auch darauf angewiesen, daß ihre Eltern oder Vormünder die bei den Eingriffen der öffentlichen Gewalt in Freiheitsrechte entstehenden Abwehransprüche im Namen des Unmündigen verfahrensrechtlich geltend machen können. Da die Abwehransprüche in der Regel durch das Einlegen von Rechtsbehelfen geltend gemacht werden, handelt es sich hier wieder um einen Fall der gesetzlichen Vertretung. [1)]

c) Realhandlungen

Eine ansehnliche Gruppe von Grundrechten kann allerdings gar nicht durch rechtsgeschäftliche Handlungen ausgeübt werden, da durch sie ausschließlich die Freiheit eines bestimmten Verhaltens geschützt wird, wie z.B. die Vornahme religiöser Handlungen (Art. 4 II GG), die Meinungsäußerung und die Information

1) Kuhn: Grundrechte und Minderjährigkeit, S. 116.

(Art. 5 I 1 GG), die Herstellung von Kunstwerken (Art. 5 III 1 GG), das Sich-Versammeln (Art. 8 I GG) und dergl. Derartige Realhandlungen können auch von Unmündigen nur persönlich vorgenommen werden, so daß insoweit keine Vertretung möglich ist. Solche Grundrechte, die schlichte Verhaltensfreiheiten schützen, gewährleisten das freie Handeln und die eigenverantwortliche Entscheidung des Inhabers um ihrer selbst willen.[1)]

Bei diesen Handlungen, die nur durch Selbsttätigkeit verwirklicht werden können, haben die Eltern und Vormünder lediglich die Möglichkeit, durch ihre Anweisungen, Ge- und Verbote lenkend auf das Verhalten des Minderjährigen einzuwirken. So können die Eltern ein Kind durch ihre erzieherischen Maßnahmen zwingen, etwa eine Vortragsveranstaltung (Art. 8 I GG) oder einen Gottesdienst (Art. 4 II GG) zu besuchen, auch wenn das Kind selbst statt dessen lieber einen Film anschauen möchte. Auf die Frage, in welchem Umfang die Erziehungsberechtigten befugt sind, in grundrechtlich geschützten Freiheitsbereichen dem Minderjährigen ihren Willen aufzuzwingen, wird noch einzugehen sein.

3. Die Unvertretbarkeit bei bestimmten Typen von höchstpersönlichen Freiheitsrechten

Die Möglichkeit des Handelns durch Vertreter ist also im wesentlichen auf den Bereich rechtsgeschäftlichen Verhaltens sowie auf das Gebiet des Verfahrensrechts beschränkt.
In den juristischen Denkgewohnheiten unseres Rechtskreises ist die Vorstellung fest verwurzelt, daß im Grunde jeder Mensch von Geburt an Träger beinahe aller nur möglichen subjektiven Rechte sein kann, die dann zunächst durch seine gesetzlichen Vertreter für ihn ausgeübt werden, bis er selbst die rechtliche Handlungsfähigkeit erlangt hat. Diese Denkgewohnheiten sind deutlich vom bürgerlichen Recht her geprägt. Bei den subjektiven Rechten, die das bürgerliche Vermögensrecht gewährt, handelt es sich aber gerade um stark formalisierte Rechtspositionen, bei denen praktisch jede Person durch jede andere vertreten werden kann.
Freilich gibt es auch im Zivilrecht Ausnahmen von diesem Grundsatz. So sind beispielsweise die Tätigkeiten des Findens und des Erfinders sowie die Schöpfung von Werken der Literatur und Kunst, durch welche bestimmte Rechtsstellungen begründet werden, höchstpersönlich und unabhängig von der Geschäftsfähigkeit.[2)] Demgemäß schützen § 113, 2 und § 114 I 2 UrhG die Eigensphäre des minderjährigen Urhebers, indem sie es dem gesetzlichen Vertreter verwehren, die Einwilli-

1) Reuter, FamRZ 1969, S. 623.

2) Vgl. Friedrichs: Der allg. Teil des Rechts, § 73 (S. 120).

gung zur Zwangsvollstreckung in das Urheberrecht oder in eigene Originalwerke des Minderjährigen zu erteilen.

a) Die Unvertretbarkeit bei den Verhaltensfreiheiten

Während die subjektiven Rechte des bürgerlichen Rechts in aller Regel der Befriedigung von Vermögensinteressen dienen, gewährleisten so bedeutsame Grundrechte wie Art. 5 und Art. 8 GG die Freiheit von schlichten Betätigungen, welche von den Berechtigten nur persönlich ausgeübt werden können. Es handelt sich hierbei um Rechte höchstpersönlicher Art, so daß eine Vornahme der gewährleisteten Tätigkeiten durch einen gesetzlichen Vertreter, wie es beim rechtsgeschäftlichen Handeln im Bereich des privaten Vermögensrechts möglich ist, von vornherein ausscheidet. Die Eltern können nun einmal die Meinungsfreiheit ihres kleinen Kindes nicht dadurch ausüben, daß sie selbst an Stelle ihres Kindes eine Meinung äußern. Die Eltern würden damit lediglich von ihrem eigenen Grundrecht Gebrauch machen. Das gleiche gilt für die Informationsfreiheit ebenso wie für die Versammlungsfreiheit. Bei allen diesen schlichten Verhaltensfreiheiten ist die Möglichkeit einer Vertretung bei der Vornahme der gewährleisteten Handlungen schlechthin ausgeschlossen, weil der Schutz der Handlungsfreiheit selbst der Zweck des jeweiligen Grundrechts ist.[1] Diese Unvertretbarkeit ist auch ein Grund dafür, warum bei diesen Verhaltensfreiheiten dem jungen Menschen das jeweilige Grundrecht im subjektiven Sinne erst dann aktuell zusteht, wenn er die entsprechende natürliche Handlungsfähigkeit erlangt hat und damit die garantierte Freiheit durch Selbsttätigkeit verwirklichen kann.

b) Die Höchstpersönlichkeit von Gewissensentscheidungen

Es ist ebenso selbstverständlich, daß bei Entscheidungen, welche im Bereich der Freiheit des Gewissens getroffen werden, kein gesetzlicher Vertreter an die Stelle des Kindes treten kann.
Nach der Rechtsprechung des BVerfG, welches vom allgemeinen Sprachgebrauch ausgeht, ist unter "Gewissen" im Sinne von Art. 4 GG ein "real erfahrbares seelisches Phänomen zu verstehen, dessen Forderungen, Mahnungen und Warnungen für den Menschen unmittelbar evidente Gebote unbedingten Sollens sind".[2]

Als eine Gewissensentscheidung ist damit "jede ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von 'Gut' und 'Böse' orientierte Entscheidung anzusehen, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so daß er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte."[3]

---

1) Vgl. Reuter FamRZ 1969, S. 623.
2) BVerfGE 12, 54.
3) BVerfGE 12, 55.

Da die Forderungen des Gewissens bei jedem Menschen immer nur für die eigene Person erfahrbar sind, ist auch die daraus resultierende Gewissensentscheidung eine ganz persönliche Angelegenheit des Einzelnen. Eine Gewissensentscheidung mag zwar für einen anderen Menschen nachvollziehbar sein, sie kann jedoch niemals durch die Entscheidung eines Vertreters ersetzt werden.[1)]
Daraus erhellt auch, daß das Grundrecht der Gewissensfreiheit einem Menschen erst dann aktuell zustehen kann, wenn er die erforderliche sittliche Entscheidungsfähigkeit erlangt hat. Denn die Gewissensfreiheit "setzt im Menschen, an dessen subjektive Willensentscheidung und an dessen Interesse sie anknüpft, wenn durch das objektive Grundrecht jedem Einzelnen ein subjektiv-öffentliches Recht auf Freiheit des Gewissens gewährt wird, die sittliche Entscheidungsfähigkeit, mit anderen Worten das Gewissen, voraus".[2)]
Freilich dürfen dabei keine zu hohen Ansprüche gestellt werden. Das BVerwG geht im Hinblick auf das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung mit Recht davon aus, daß auch junge Menschen in aller Regel zu Gewissensentscheidungen fähig seien und daß solche nicht den sittlich ausgereiften Menschen mit festen und dauerhaften Grundvorstellungen vorbehalten sein könnten. Vorausgesetzt wird "nur ein gewisser Grad sittlicher Einsicht als Grundlage sittlichen Urteilsvermögens".[3)]
Wo sich jedoch bei einem Menschen infolge seines jugendlichen Alters noch kein Gewissen herausgebildet hat, wo also noch kein Gewissen vorhanden ist, dort hat auch das Freiheitsrecht keinen Anknüpfungspunkt im Menschen.[4)]

c) Die Einwirkung der Sorgeberechtigten auf den Gebrauch unvertretbarer Freiheitsrechte

Bisher ist dargelegt worden, daß die von einzelnen Grundrechten gewährleistete Freiheit eines bestimmten Verhaltens ebenso wie die Freiheit von Gewissensentscheidungen von dem Berechtigten nur persönlich ausgeübt werden kann, so daß eine Vertretung im Gebrauch dieser Freiheit ausscheidet. Das schließt jedoch nicht aus, daß die Personensorgeberechtigten auf Grund ihrer Aufsichts- und Erziehungsbefugnisse auf die Art und Weise der persönlichen Grundrechts-Ausübung durch die ihnen anvertrauten Minderjährigen einwirken. Die Erörterung des Verhältnisses dieser Befugnisse der Sorgeberechtigten zu den Freiheitsrechten des jungen Menschen ist dem folgenden Abschnitt vorbehalten, welcher den Grundrechts-

---

1) Vgl. Zippelius in BK, Rdnr. 53 zu Art. 4 GG: "Die Gewissenspflicht kann immer nur auf eigenen Erwägungen beruhen".
2) So Scholler: Die Freiheit des Gewissens, S. 195.
3) BVerwGE 9, 97 (98); 12, 272.
4) Vgl. Scholler: Die Freiheit des Gewissens, S. 195.

schutz des Minderjährigen gegenüber Maßnahmen seiner gesetzlichen Vertreter zum Gegenstand hat.

d) Die Vertretung bei der verfahrensrechtlichen Geltendmachung von Abwehransprüchen

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß auch im Bereich "höchstpersönlicher" Grundrechte die bei rechtswidriger Beeinträchtigung durch die öffentliche Gewalt entstehenden Abwehransprüche auch von den gesetzlichen Vertretern geltend gemacht werden können, sobald die Berechtigten die für das konkret-aktuelle Zustehen des Grundrechts erforderlichen Fähigkeiten erlangt haben.[1)]
So können beispielsweise die Eltern zwar nicht die Meinungsfreiheit ihres schulpflichtigen Kindes als Vertreter ausüben, indem sie selbst anstelle ihres Kindes eine Meinung äußern. Sie können in ihrer Eigenschaft als gesetzliche Vertreter aber sehr wohl auf verfahrensrechtlichem Wege gegen die Unterdrückung der Meinungs- oder Gewissensfreiheit ihres Kindes durch eine schulische Maßnahme vorgehen. Man denke z.B. an die Schulgebets-Entscheidung des Hessischen Staatsgerichtshofs,[2)] bei welcher die Eltern die Grundrechtsklage für ihren siebenjährigen Sohn erhoben haben.

D. DER GRUNDRECHTSSCHUTZ DES MINDERJÄHRIGEN GEGENÜBER MASSNAHMEN SEINER GESETZLICHEN VERTRETER

Solange ein Kind noch nicht in der Lage ist, von seiner verfassungsrechtlich garantierten Freiheit auf den verschiedenen Lebensbereichen in sinnvoller Weise Gebrauch zu machen und seine Freiheitsrechte selbständig auszuüben, ist es darauf angewiesen, daß seine Eltern bzw. sein Vormund es bei seinen Tätigkeiten leiten und in rechtlichen Angelegenheiten vertreten. Das Institut der gesetzlichen Vertretung hat jedoch zur Folge, daß der natürliche Wille des Minderjäh-

---

1) Das OVG Hamburg verkennt, daß auch "höchstpersönliche" Grundrechte im Wege der gesetzlichen Vertretung wahrgenommen werden können, wenn es davon ausgeht, daß Persönlichkeitsrechte (wie Art. 12 I u. 2 I GG) "ihrer Natur gemäß nicht im Namen des Kindes geltend gemacht werden können, solange ihr Inhalt vom Erziehungsberechtigten bestimmt wird" (Urt. v. 16.4.1953 - DVBl. 1953, S. 507).

2) Hess.StGH, ESVGH 16, 1 ff = DÖV 1966, 51 ff = NJW 1966, 31 ff; dazu Podlech: Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die bes. Gewaltverhältnisse, S. 106 ff.

rigen für das Recht weitgehend in den Hintergrund tritt. Ob nun die Eltern oder Vormünder Grundrechte des Kindes im Wege der gesetzlichen Vertretung wahrnehmen, oder ob sie durch ihre erzieherischen Anweisungen auf die durch Grundrechte gewährleisteten natürlichen Handlungen des Mündels einwirken: Stets wird der Wille des Kindes durch den Willen der Sorge- und Erziehungsberechtigten verdrängt oder gar ersetzt.[1)]

Diese weitreichende Unterordnung des Minderjährigen unter die Erziehungsgewalt von Eltern und Vormund birgt freilich nicht unerhebliche Gefahren für die Freiheit des Jugendlichen in sich. Die von der Verfassung gewährleisteten Freiheitsrechte, die dem Einzelnen die freie Selbstentfaltung in den wichtigsten Lebensbereichen sichern sollen, sind so für den jungen Menschen vor allem von zwei Seiten her bedroht:

Auf der einen Seite besteht die Gefahr, daß die Eltern oder der Vormund ihre Befugnisse mißbrauchen oder überschreiten und auf diese Weise die Grundrechte des ihnen anvertrauten Kindes verletzen anstatt sie zu verwirklichen.

Zum anderen könnte eine zeitlich zu lang ausgedehnte Mitwirkungsbefugnis der Erziehungsberechtigten für den jungen Menschen zu einer erheblichen Einschränkung der gewährleisteten Freiheit führen. Denn sobald er für bestimmte grundrechtlich geschützte Lebensbereiche selbst die erforderliche Reife und Einsicht erlangt hat, entfällt das Bedürfnis dafür, daß Dritte ihn leiten und für ihn handeln.

Es erscheint somit im Interesse der Freiheit des jungen Menschen geboten zu untersuchen, ob und in welchem Umfang die Mündigkeitsregelungen des bürgerlichen Rechts durch die verfassungsrechtlichen Freiheitsgarantien modifiziert werden. Hierin liegt die Bedeutung des Problems der Grundrechtsmündigkeit. Vor der Behandlung der Grundrechtsmündigkeit soll jedoch zunächst geklärt werden, wie sich die Freiheitsrechte des Minderjährigen zu den familienrechtlichen Befugnissen von Eltern und Vormund verhalten, und wie das Kind gegebenenfalls vor Grundrechtsverletzungen durch den gesetzlichen Vertreter geschützt werden kann.

---

1) So bestimmt z.B. § 2 FreihEntzG, der den Begriff der Freiheitsentziehung als Unterbringung einer Person gegen ihren Willen definiert, in seinem Abs. II: "Steht die unterzubringende Person unter elterlicher Gewalt, Vormundschaft oder wegen Geschäftsunfähigkeit unter Pflegschaft, so ist der Wille desjenigen maßgebend, dem die gesetzliche Vertretung in den persönlichen Angelegenheiten zusteht".

I. Kritik der Auffassungen, die von einer "Kollision" der Grundrechte des Minderjährigen mit dem Elterngrundrecht des Art. 6 II GG ausgehen

In der Literatur hat sich die Diskussion über die "Grundrechtsmündigkeit", in der es um das Problem der rechtlichen Handlungsfähigkeit im Bereich der Grundrechte geht, sogleich auf die Frage konzentriert, wie die elterliche und vormundschaftliche Gewalt sich zu den Freiheitsgrundrechten des Jugendlichen verhält.

1. Die Ansicht von Hildegard Krüger

Hildegard Krüger, die das Problem der Grundrechtsmündigkeit als erste aufgegriffen hat,[1] geht von der absoluten Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht aus und gelangt so zu der Annahme, daß es zu einer unmittelbaren Kollision der Kindesgrundrechte mit dem "Grundrecht der elterlichen Gewalt" komme.[2] Jedes Kindes-Grundrecht wirke unmittelbar gegenüber den Eltern, und das Elternrecht wirke ebenso unmittelbar gegenüber den Kindern. Diese Kollision sei, soweit es an gesetzlichen Regelungen fehle, unter entsprechender Anwendung der vorhandenen Regelung,[3] nach dem Prinzip der Güter- oder Interessenabwägung zu lösen. Nach der Ansicht von Hildegard Krüger soll die Mündigkeit unabhängig von der zivilrechtlichen Volljährigkeit bei einzelnen Grundrechten schon mit dem 14. Lebensjahr, spätestens jedoch mit der Vollendung des 18. Lebensjahres eintreten.
Darüber hinaus sollen die Minderjährigen unabhängig von etwaigen Altersgrenzen insoweit grundrechtsmündig sein, als sie in einem besonderen "Pflichtenkreis" stehen, wie er etwa durch das Arbeitsverhältnis, durch ein besonderes Gewaltverhältnis oder durch uneheliche Mutterschaft gegeben sei.[4]

---

1) Hildegard Krüger: Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt, FamRZ 1956, S. 329 ff und Krüger/Breetzke/Nowack: Gleichberechtigungsgesetz, Einleitung Nrn. 278 ff.

2) Hildeg. Krüger: FamRZ 1956, 331.

3) Z.B. §§ 5 RelKEG; 1 und 3 JGG; 19 V WPflG; 65 I 1 StGB; 59 FGG.

4) Hildeg. Krüger: FamRZ 1956, 332.

2. Die Meinung von Dürig

Dürig, der Wortführer der Lehre von der mittelbaren Einwirkung der Grundrechte auf die Privatrechtsordnung, [1] nimmt zwar scharf gegen die von Hildegard Krüger vertretene direkte Anwendung der Grundrechte im Eltern-Kind-Verhältnis Stellung. [2] Auch er sieht jedoch das Problem bei der Grundrechtsmündigkeit in erster Linie darin, "die Dialektik zwischen Kindes-Grundrechten und Eltern-Grundrecht in einer Synthese zu versöhnen". [3]
Sowohl die Kinder als auch die Eltern hätten gegenüber dem Staat ein Recht auf grundrechtsgemäße Regelung des Kindschaftsrechts. Wo spezielle Kollisionsnormen (wie z.B. § 5 RelKEG) fehlten, sei das BGB die ausschließliche Kollisionsnorm, die verfassungsrechtlich relevant das Spannungsverhältnis von Eltern- und Kindes-Grundrechten auflöse. [4]
Die meisten Autoren, die sich mit dem Problem der Grundrechtsmündigkeit befaßt haben, sehen die dogmatische Seite so, daß die Grundrechte der Kinder und die grundgesetzliche Position der Eltern in einem Widerstreit stünden, [5] den es aufzulösen gelte. [6]

3. Kritik dieser Auffassungen

Es muß jedoch bezweifelt werden, ob sich die Modifizierungen, welche die verfassungsrechtliche Stellung des Minderjährigen infolge seiner Schutz- und Erziehungsbedürftigkeit erfährt, dogmatisch als das Resultat einer Kollision der Kindes-Grundrechte mit dem Grundrecht des Art. 6 II GG erklären lassen. Denn die ver-

---

1) Vgl. Dürig: Fschr. f. Nawiasky (1956), S. 160 ff und in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 1 III GG Rdnrn. 102 und 127 ff (insbes. 131 ff).
2) Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog, Rdnrn. 21 u. 25 zu Art. 19 III GG; Art. 2 I Rdnr. 59 a.E. Anm. 1 (S. 50).
3) Dürig: a.a.O., Rdnr. 22 zu Art. 19 III GG.
4) Dürig: a.a.O., Rdnrn. 23 ff (insbes. 26) zu Art. 19 III GG.
5) So Kuhn: Grundrechte und Minderjährigkeit, S. 60 mit weiteren Nachw. in Fn. 6; Peters, in: Grundrechte Bd. IV/1, S. 393 ff; Perschel: RdJ 1963, 33 ff.
6) Vgl. etwa Anders: FamRZ 1960, 475 für den Fall der Freiheitsentziehung: "Es kollidieren, rein äußerlich gesehen, die Grundrechte der Art. 2 u. 104 und des Art. 6 II GG". Ebenso Woltereck: ArbuR 1965, 195: "Zu einer Kollision von Kindes-Grundrechten und dem Eltern-Grundrecht des Art. 6 II GG kommt es immer, ganz gleich, ob man - nach klassischer Auffassung - allein den Staat oder - nach der Lehre von der absoluten Wirkung der Grundrechte - daneben auch noch jeden Dritten als Adressaten der Grundrechte ansieht".

fassungsrechtlich gewährleistete Freiheitssphäre müßte beim Minderjährigen wegen seiner Unreife naturgemäß auch dann anders ausgestaltet sein als beim Erwachsenen, wenn es die Garantie des Elternrechts im Grundgesetz nicht gäbe. Gernhuber nennt es eine Absurdität sich vorzustellen, daß uns die elterliche Gewalt "bis auf geringe Restbestände entglitten wäre, wenn nicht ein gnädiges Schicksal auch ein Grundrecht der Eltern geschaffen hätte". [1)]
Außerdem bliebe dann immer noch die Frage offen, wie sich die der elterlichen Gewalt entsprechenden Befugnisse des Vormunds angesichts der Freiheitsrechte des Mündels rechtfertigen lassen. So wurde beispielsweise die Auffassung, daß die Anstaltsunterbringung eines Minderjährigen zu Erziehungszwecken durch den Vormund im Gegensatz zu der durch die Eltern veranlaßten einer gerichtlichen Genehmigung bedarf, in der Rspr. u.a. damit begründet, daß bei dem unter Vormundschaft stehenden Mündel dessen Freiheitsrecht aus Art. 2 II 2 in Verbindung mit Art. 104 II GG kein dem Elternrecht (Art. 6 II GG) entsprechendes Grundrecht gegenüberstehe. [2)] Es wäre aber ein sehr merkwürdiges Ergebnis, wenn der Fortbestand der Vormundschaft über Minderjährige abhängig wäre von einem positiven Entscheid in dem alten Streit um ein dem Elternrecht analoges Grundrecht des Vormundes. [3)]
Diejenigen Autoren, welche allzu einseitig den Widerstreit der Kindes-Grundrechte zu den Rechtspositionen von Eltern und Vormund in den Vordergrund rükken, verstellen sich damit selbst den Blick dafür, daß die Institute der elterlichen Gewalt und der Vormundschaft ausschließlich im Interesse des schutz- und erziehungsbedürftigen Minderjährigen bestehen. [4)] In den Jahren seiner Entwicklung bedarf der junge Mensch zur Entfaltung seiner Persönlichkeit und damit auch zur Entfaltung grundrechtlich geschützter Freiheit der Hilfe seiner Erzieher. Deshalb hat ein Kind, das seine natürlichen Eltern verloren hat, sogar einen Anspruch

---

1) Gernhuber: FamRZ 1962, 92.

2) Vgl. AG Wennigsen (Deister) - Beschl. v. 20.6.1960 - FamRZ 1960, 364; Beschl. v. 4.11.1961 - FamRZ 1962, 40 (41).

3) Da durch Art. 6 II GG seinem Wortlaut nach nur die Eltern und nicht alle Erziehungsberechtigten geschützt werden, hat sich die h.M. gegen eine Anwendung des Art. 6 II GG auf den Vormund ausgesprochen (vgl. z.B. Peters: GRe IV/1, S. 375; Hansmann: FamRZ 1962, 453).
a.A. Hamann: Anm. 4 B zu Art. 6 GG; v.Mang./Klein: Anm. IV 2 b zu Art. 6 GG; Rauschert: RdJ 1960, 372; Lindacher: FamRZ 1964, 116 ff.

4) Von diesem positiven Ansatz geht Gernhuber aus: Er betrachtet das Recht der Eltern auf Pflege und Erziehung der Kinder als eine rechtliche Institution, welche der Verwirklichung der Kindes-Grundrechte dient (vgl. FamRZ 1962, S. 89 ff).

auf die Bestellung eines Sachwalters, welcher für seine Fürsorge und Erziehung verantwortlich ist.

II. Das Recht des jungen Menschen auf Erziehung

Sicherlich kann man davon ausgehen, daß Eltern und Vormund im Rahmen ihres Personen- und Vermögenssorgerechts befugt sind, Maßnahmen zu treffen, welche die grundrechtlich geschützte Freiheitssphäre des Kindes tangieren. So können sie etwa die ärztliche Operation oder die Unterbringung ihres Kindes in einer geschlossenen Anstalt veranlassen, ihm den Besuch einer Versammlung oder den Beitritt zu einer Vereinigung ge- oder verbieten, als gesetzliche Vertreter über Gegenstände seines Vermögens verfügen usw..
Diese beispielhaft aufgeführten Sachverhalte können bei oberflächlicher Betrachtungsweise den Anschein erwecken, als handele es sich hier jeweils um "Eingriffe" der Eltern in die Freiheitsrechte des Kindes. Eine solche Betrachtungsweise würde jedoch der besonderen Lage, in der sich der Unmündige infolge seiner Unreife und Erziehungsbedürftigkeit befindet, nicht gerecht. Die verfassungsrechtliche Situation des jungen Menschen, der des Schutzes und der Erziehung durch andere bedarf, läßt sich nicht mit der eines voll entwickelten Erwachsenen vergleichen. Es ist sehr treffend darauf hingewiesen worden, daß sich ein Kind in Bezug auf seine Grundrechte in einer "merkwürdigen Doppelrolle" befinde: "Als 'Mensch' (Art. 1 GG) ist es bereits Träger von Grundrechten ... als noch nicht voll entfalteter Mensch ist es darauf angewiesen, daß Dritte ihm auf dem ersten - vielleicht wichtigsten - Stück seines Lebensweges behilflich sind, sich zur selbstbestimmungsfähigen Persönlichkeit zu entwickeln".[1)]

1. Die Erziehungsbedürftigkeit des Minderjährigen

Durch die Erziehung soll der junge Mensch gerade zur Selbstbestimmung hingeführt werden. In den Motiven zum Entwurf des BGB wird die Erziehung bestimmt als "das Recht und die Pflicht in einer den Interessen, Fähigkeiten und Anlagen sowie den sonstigen Verhältnissen des Kindes entsprechenden Weise für die körperliche, geistige und sittliche Bildung des Kindes zu sorgen, es zu einem bestimmten Lebensberuf zu befähigen und zur Erreichung dieser Ziele überhaupt die

---

1) So Sieverts in einem für den AFET erstatteten Gutachten v. 24.4.1961, veröffentlicht durch Schüler-Springorum in FamRZ 1961, 296 (297).

Handlungen des Kindes zu lenken".[1]

Der junge Mensch ist von Natur aus auf fremde Hilfe angewiesen.[2] Im Zustand äußerster Hilflosigkeit, kaum durch Instinkte geschützt und darum völlig offen für alle Einflüße seiner Umgebung, wird er geboren. Er ist unfähig, sich aus eigener Kraft zu behaupten und bedarf deshalb von der ersten Stunde seines Lebens an der Hilfe anderer Menschen. Dieses natürliche Angewiesensein nimmt zwar mit zunehmendem Alter immer mehr ab, es hält aber doch länger an, als gemeinhin gesehen wird.

Abgesehen von der biologischen Reifung, die sich weitgehend menschlichem Einfluß entzieht, entwickelt und erwirbt der Mensch seine Eigenschaften und Fähigkeiten nicht "von selbst"; zwischen dem Kinde und seiner Umgebung vollzieht sich vielmehr ein ständiger Lernprozeß. In einem fortwährenden Vormachen und Lehren und einem gleichzeitigen Nachmachen und Lernen entfalten sich die Anlagen, die dem Kinde angeboren sind. Erziehung ist somit nichts anderes als Entfaltung der Persönlichkeit des jungen Menschen. Es ist eine Aufgabe der Erzieher, den Reifungsprozeß des jungen Menschen lenkend und beaufsichtigend zu begleiten und diesen zur Mündigkeit zu führen.[3] Es ist also ein anthropologisches Faktum, daß "minderjährige Kinder wegen ihrer Jugend des Schutzes und der Erziehung bedürfen".[4]

2. Die Ableitung des Rechtes auf Erziehung

Aus dieser in der Natur des Menschen liegenden Tatsache ergibt sich für die Rechtsordnung die Notwendigkeit der Anerkennung eines Rechtes des jungen Menschen auf Erziehung, sowie der rechtlichen Anerkennung der Institution "Erziehung".[5] Das Recht auf Erziehung richtet sich im privaten Bereich gegen Eltern und Vormund. Es stellt aber auch ein soziales Grundrecht gegenüber der staatlichen Gemeinschaft dar.

---

1) Motive Bd. IV (1888), S. 750.

2) Zum folgenden vgl. Schneider: Die öffentl. Jugendhilfe zwischen Eingriff und Leistung, S. 19 f.

3) Becker: Erziehung zu autonomem Verhalten, ZBlfJugR 1967, 1 ff (2).

4) Dölle: Familienrecht Bd. II, § 91 I (S. 135).

5) Die rechtl. Anerkennung der Institution "Erziehung" erfolgte durch die Bestimmungen des BGB über die elterliche Gewalt und Vormundschaft, sowie durch §§ 1 i.Verb. mit 62 ff JWG und vor allem auch durch Art. 6 II und III GG; so Beurmann: UJ 1963, 296.

a) Der Erziehungsanspruch gegenüber den Eltern

Das Recht des Kindes auf Erziehung hat seine positive Verankerung in § 1 I JWG erfahren, der lautet: "Jedes deutsche Kind hat ein Recht auf Erziehung zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit". § 1 JWG billigt also dem Kinde einen Anspruch auf Erziehung zu, der sich in erster Linie gegen die Familie richtet.[1] Insoweit dieser Anspruch von der Familie nicht erfüllt wird, tritt öffentliche Jugendhilfe ein (vgl. § 1 III JWG).[2] Freilich kann die Erfüllung des familienrechtlichen Anspruchs auf Erziehung im Gegensatz zum Anspruch auf Unterhalt (vgl. §§ 1601; 1602 II; 1610 II BGB) von der Rechtsordnung letztlich nicht unmittelbar erzwungen werden. Es handelt sich hier um familienrechtliche Verpflichtungen, die den in § 888 II ZPO genannten vergleichbar sind. Gleichwohl kommen Eltern und Vormund bei der Erziehung der ihnen anvertrauten Kinder nicht nur bloßen sittlichen Verpflichtungen nach,[3] sondern sie erfüllen echte Rechtspflichten. Immer mehr Stimmen im Schrifttum erkennen einen von der Rechtsordnung gewährten "Anspruch des Kindes auf Erziehung als Elternpflicht" an.[4] Die Erfüllung dieser Pflicht gegenüber dem Kinde wird in erster Linie von Vormundschaftsgericht und Jugendamt überwacht. Darüber hinaus hat der Staat nicht nur die Verletzung der Unterhaltspflicht (§ 170 b StGB) sondern auch die gröbliche Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflichten in § 170 d StGB unter besondere Strafsanktion gestellt.

b) Der Erziehungsanspruch gegenüber der staatlichen Gemeinschaft

Neben den Erziehungsbefugnissen von Eltern und Vormund und deren Überwachung besteht aber ebenso ein gegen den Staat gerichtetes Recht des Kindes auf Erziehung. Dieses Recht auf Erziehung und Bildung ist sowohl in der Europäischen Menschenrechtskonvention verankert[5] als auch in den Verfassungen der meisten deut-

---

1) Vgl. Staudinger/Donau: Rdnr. 9 zu § 1626 BGB.

2) Lehmann/Henrich: Dt. Familienrecht § 24 I 1 (S. 183); Schneider: Die öffentliche Jugendhilfe zwischen Eingriff und Leistung, S. 17.

3) So aber Angerer: Verfassungsrechtl. Stellung des Jugendlichen, S. 13.

4) So Liske: Elternrecht und staatl. Schulerziehungsrecht, S. 14; insbes. auch Gernhuber: FamRZ 1962, 90 und Lb. d. FamR § 49 III 2 (S. 504); Farbricius: Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 78, Fn. 1.

5) Vgl. Art. 2 Satz 1 des 1. Zusatzprotokolls der Europ. Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 20.3.52, Bundesgesetz v. 20.12.56 (BGBl. II S. 1879), dessen maßgebliche Fassungen lauten: "No person shall be denied the right to education" bzw. "Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction", - vgl. ferner Art. 26 der Allg. Erklärung der Menschenrechte der UN v. 10.12.48.

schen Bundesländer anerkannt.[1] Das Recht auf schulische Erziehung und das Recht auf Bildung gehören zum Kreis der sozialen Grundrechte, die auf eine Leistung des Staates gerichtet sind. Im Gegensatz zu den unmittelbar durchsetzbaren Freiheitsrechten bedürfen soziale Grundrechte allerdings erst der Konkretisierung durch den Gesetzgeber,[2] z.B. durch Schulgesetze, durch ein Ausbildungsförderungsgesetz u. dergl..
Die öffentliche Schulerziehung steht durchaus gleichrangig neben der Erziehung durch die Eltern. Die Arbeits-, Zivilisations- und Kulturverhältnisse der modernen Industriegesellschaft stellen Erziehungs- und Ausbildungsanforderungen, welche die Eltern allein nicht mehr bewältigen können.[3] Insoweit übernimmt daher der Staat die Aufgabe und die Verpflichtung, im schulischen Bereich für eine dem Wohle des Kindes dienende Erziehung und Ausbildung Sorge zu tragen.[4]

Letztlich ergibt sich die Rechtfertigung sowohl für den privatrechtlichen Erziehungsanspruch als auch für das Recht auf Erziehung gegenüber der staatlichen Gemeinschaft aus dem obersten Grundsatz unserer Verfassung, der den Schutz der Menschenwürde fordert (Art. 1 I GG). Wenn gerade das, was den Menschen von den anderen Lebewesen unterscheidet, seine Würde ausmacht, dann gehört hierzu auch seine Erziehungsbedürftigkeit. Denn Erziehung ist für den Menschen wesensnotwendig.[5] Der Mensch ist nach Kant "das einzige Geschöpf, das erzogen werden muß". Er "kann nur Mensch werden durch Erziehung. Er ist nichts als was die Erziehung aus ihm macht".[6] Wenn aber der junge Mensch auf Erziehung hin angelegt ist, denn wird der Minderjährige in seiner Menschenwürde verletzt, wenn ihm die notwendige Erziehung und Pflege vorenthalten wird, so daß seine Persönlichkeit verkümmert.[7]

---

1) So Art. 11 I Bad.-Württ. Verf. v. 11.11.53 (GBl. S. 173): "Jeder junge Mensch hat ohne Rücksicht auf Herkunft oder wirtschaftl. Lage das Recht auf eine seiner Begabung entsprechende Erziehung und Ausbildung". - Ähnlich lauten Art. 128 I BV; Art. 27 I Brem. Verf.; Art. 8 I NRW Verf.; Art. 31 Rh.-Pf. Verf.

2) Geiger: Die Wandlung der Grundrechte, in: Gedanke und Gestalt des demokrat. Rechtsstaates, S. 24.

3) Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 40 zu Art. 7 GG; Beurmann: UJ 1963, 292.

4) Abelein: Recht auf Bildung, DÖV 1967, 376 f.

5) Perschel: Meinungsfreiheit des Schülers, S. 37; Staudinger/Donau, Rndr. 10 zu § 1631 BGB.

6) Kant über Pädagogik (hersg. v. H. Holstein, Bochum 1961), S. 27 und S. 29.

7) Beurmann: UJ 1963, 297.

III. Das Verhältnis der Befugnisse der gesetzlichen Vertreter zu den Grundrechten des Minderjährigen

Aus dieser Sicht, die von der Erziehungsbedürftigkeit des jungen Menschen ausgeht und im Minderjährigen nicht den mit allen Grundrechtsgarantien ausgestatteten kleinen Erwachsenen sieht, stellen sich sachlich gerechtfertigte Erziehungsmaßnahmen, die die Grundrechtssphäre des Zöglings tangieren, nicht primär als "Eingriffe" in verfassungsrechtlich geschützte Positionen dar, sondern als eine Erfüllung des Anspruchs des Minderjährigen auf Erziehung. Denn "eine sachgerecht durchgeführte Erziehung ist für die vitalen Interessen des Kindes von ungleich größerer Bedeutung als die selbständige und unabhängige Grundrechtsausübung".[1)]

1. Der Wandel der Vorstellungen über die elterliche Gewalt

Diese Auffassung von der elterlichen Gewalt setzt allerdings eine Abkehr von der überkommenen Denkweise voraus, welche im Kinde ein den Eltern unterworfenes Herrschaftsobjekt gesehen hat.
Die väterliche Gewalt (patria potestas) des röm. Rechts war ursprünglich "ein unbeschränktes Herrschaftsrecht über das Hauskind, das dem pater familias in seinem Interesse verliehen war; sie umfaßte die Verfügung über Leben, Freiheit und Vermögen der Kinder".[2)] Auch in dem vom Geiste des 19. Jahrhunderts geprägten BGB war zunächst die väterliche "Gewalt" als ein Herrschaftsrecht ausgestaltet, kraft dessen der Vater "über seine Kinder von Rechts wegen bis zur Grenze des Unsittlichen zu bestimmen" vermochte, aber "nicht verpflichtet war, ihr Eigenleben zu respektieren".[3)]
Erst in den letzten zwei Jahrzehnten ist man davon abgekommen, die elterliche und vormundschaftliche Gewalt in die Systematik der subjektiven Rechte des Privatrechts als "Beherrschungsrechte an anderen Personen" einzuordnen,[4)] da eine solche Vorstellung mit dem Grundrechtssatz von der Menschenwürde nicht zu vereinbaren wäre. Das Kind ist ein Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 1 I; 2 I GG). "Eine Verfassung, welche die Würde des Menschen in den Mittelpunkt ihres Wertsystems stellt, kann bei der Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen grundsätzlich nieman-

---

1) So Woltereck ArbuR 1965, 196 u. 239.
2) Staudinger/Donau: Vorbem. vor § 1626 BGB Rdnr. 1.
3) So Fritz v. Hippel: Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts, S. 35.
4) Vgl. Gernhuber: FamRZ 1962, 89; Raiser: JZ 1961, 470; so aber noch von Thur: Allg. Teil Bd. I § 6 III (S. 144 f).

dem Rechte an der Person eines anderen einräumen, die nicht zugleich pflichtgebunden sind und die Menschenwürde des anderen respektieren".[1)]
In dem durch das Gleichberechtigungsgesetz neu gefaßten § 1627 BGB ist nunmehr ausdrücklich festgelegt, daß stets das Wohl des Kindes die Richtschnur für die Ausübung der elterlichen Gewalt bilden muß. Die Pflicht zur Fürsorge und Erziehung ist mit der Rechtsposition der elterlichen Gewalt unlösbar verbunden. Die elterliche Gewalt ist daher heute nach wohl einhelliger Meinung kein freies eigennütziges Herrschaftsrecht mehr, sondern "ein im Interesse der Entwicklung des Kindes zu einer selbständigen Persönlichkeit geregelter Komplex von Rechten und Pflichten".[2)]

2. Die rechtliche Stellung der Eltern

Bei der Bestimmung von Inhalt und Zweck der familienrechtlichen Erziehungsgewalt von Eltern und Vormund hat man somit von dem Recht des Kindes auf Erziehung auszugehen, dem eine entsprechende Pflicht der Erziehungsberechtigten korrespondiert. Nur weil die Eltern in erster Linie verpflichtet sind, für das Wohl des Kindes zu sorgen und es zu erziehen, gibt ihnen die Rechtsordnung auch die Macht zur Durchführung der hierfür erforderlichen Maßnahmen und Entscheidungen. Zu diesem Zweck ist die Stellung der Eltern sowohl gegenüber den Kindern als auch gegenüber Dritten und insbesondere gegenüber dem Staat zu einer gefestigten Rechtsposition ausgestaltet worden.

a) Die Rechtsposition der Eltern gegenüber dem Kinde

In Bezug auf das zwischen Eltern und Kind bestehende familienrechtliche Rechtsverhältnis wird die Rechtsposition der Eltern gegenüber dem Kinde vom BGB mit dem umfassenden Begriff der "elterlichen Gewalt" umschrieben.[3)] Die elterliche Gewalt ist eine familienrechtliche Rechtsstellung.[4)] Diese Rechtsstellung wird durch Bestimmungen wie §§ 2; 1626 ff und 104 ff BGB ausgestaltet, welche die Personen- und Vermögenssorge sowie die gesetzliche Vertretung normieren. Das Recht der Eltern zur Vertretung des Kindes im Bereich der Personen- und Vermögenssorge ist dabei ein "rechtstechnisches Mittel", das den Eltern die Er-

---

1) So BVerfGE 24, 119 (144).
2) So Beitzke: Familienrecht, § 21 II (S. 144).
3) Gernhuber betrachtet die elterliche Gewalt als ein "umfassendes subjektives Recht", das auch als "Rechtsstellung" bzw. "Rechtsposition" gedacht werden kann; vgl. Lb. d. Fam. R. § 2 II 3 (S. 13 f) u. § 49 I 1 (S. 502).
4) So Staudinger/Donau: Rdnr. 2 zu § 1626 BGB.

füllung ihrer Pflichten ermöglichen soll. [1]
Bei der elterlichen Gewalt handelt es sich also um ein "pflichtgebundes Recht", [2] von dem Gernhuber sagt: "Jeder elterlichen Befugnis korrespondiert eine Pflicht, die Befugnis zum Wohl des Kindes auszuüben". [3]

b) Die Rechtsposition der Eltern gegenüber dem Staat

Während die Rechtsstellung der Eltern privaten Dritten gegenüber als absolutes Recht im Sinne von § 823 I BGB ausgestaltet ist (siehe auch §§ 1632 BGB), [4] ist sie dem Staate gegenüber durch das Grundrecht des Art. 6 II GG besonders geschützt. Als echtes Grundrecht räumt Art. 6 II GG den Eltern eine Rechtsposition ein, aus der bei unzulässigen Eingriffen der öffentlichen Gewalt in das elterliche Erziehungsrecht Abwehransprüche gegen den Staat erwachsen können. [5] Art. 6 II GG verpflichtet also die öffentliche Gewalt und ist keine Norm, welche die Herrschaft der Eltern über die Kinder garantieren soll. [6] Deshalb ist es auch nicht korrekt, wenn in der Literatur gelegentlich von einem "Grundrecht der elterlichen Gewalt" die Rede ist. [7] Als familienrechtliches Institut ist die elterliche Gewalt nicht identisch mit dem in Art. 6 II, III GG gewährleisteten Grundrecht. [8] Das Grundrecht bestimmt hier die Funktion des Staates und deren Grenzen im Bereich der Eltern-Kind-Beziehung: Art. 6 II 1 "hebt den Vorrang der Eltern bei der Erziehung und Pflege der Kinder hervor und garantiert ihn verfassungsrechtlich; jedoch läßt schon das Wort "zuvörderst" erkennen, daß neben den Eltern auch der Staat die Funktion eines Erziehungsträgers mit entsprechenden Pflichten hat. Darüber hinaus legt Abs. II S. 2 dem Staat das Amt auf, über die Pflege und Erziehung der Kinder durch die Eltern zu wachen. Abs. III regelt schließlich einen speziellen Eingriff des Staates in die Pflege und Erziehung und statuiert hierfür einen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt". [9] Art. 6 II, III GG hat somit als eine den Staat verpflichtende Verfassungsnorm eine andere Funktion zu erfüllen als

---

1) Gernhuber: FamRZ 1962, 92; Dölle: Fam.R. Bd. II § 91 I (S. 137); ähnlich Bruns, in: Festschr. f. Nipperdey Bd. I, S. 7 und Fn. 21.

2) So Dietz: Dt. Personen-, Fam. - u. Erbrecht, Bd. I § 26 I 1 (S. 188); ihm folgend Staudinger/Donau: Rdnr. 2 u. 3 zu § 1626 BGB.

3) So Gernhuber: Lb. d. Fam. R. § 49 III 2 (S. 504).

4) Staudinger/Donau: Rdnr. 5 zu § 1626 BGB; Soergel/Siebert/Lange: Rdnr. 2 zu § 1626; Palandt/Lauterbach: Einf. 2 vor § 1626; RGZ 141, 326.

5) BVerfGE 4, 52 (57); 7, 320; 10, 59; 24, 119 (138).

6) Vgl. Grüter: Der minderjährige Soldat, S. 65.

7) Z.B. bei Hildegard Krüger: FamRZ 1956, 331.

8) So Staudinger/Donau: Rdnr. 8 zu § 1626 BGB.

9) So BVerfGE 24, 119 (135 f).

das familienrechtliche Institut der elterlichen Gewalt.
Die Regelung des Art. 6 II GG beinhaltet allerdings über das Grundrecht auf Schutz vor störenden Eingriffen des Staates hinaus als wertentscheidende Grundsatznorm[1] auch die verfassungsrechtliche Anerkennung der Institution "Erziehung", welche die elterliche Erziehungsgewalt mit einschließt.

3. Erziehungsrecht und Freiheitsrechte des Minderjährigen

Die Freiheitsrechte des jungen Menschen können nur im Lichte seiner Pflege- und Erziehungsbedürftigkeit und des darauf beruhenden Rechts auf Erziehung und Bildung gesehen werden. Das Verfassungsrecht muß der Tatsache Rechnung tragen, daß ein Kind eben nicht als fertige Persönlichkeit zur Welt kommt, sondern daß es einen langen Reifungsprozeß durchläuft, ehe sich seine Persönlichkeit so weit entwickelt hat, daß es der Erziehung und damit der Leitung durch andere nicht mehr bedarf, und in der Lage ist, seine verfassungsrechtlich garantierte Freiheit selbständig zu gebrauchen.

a) Einwirkung der Faktizität auf die Normativität über die "Natur der Sache"

Die Frage, in welcher Weise das Verfassungsrecht und seine Normen dem anthropologischen Faktum der Schutz- und Erziehungsbedürftigkeit des jungen Menschen Rechnung zu tragen hat, bildet einen Teilaspekt aus der allgemeinen Fragestellung nach dem Verhältnis von Faktizität und Normativität, von Sein und Sollen. Auch wenn man davon ausgeht, daß eine logisch zwingende Ableitung von rechtlichen Normen aus Lebenssachverhalten nicht möglich ist, läßt sich doch nicht leugnen, daß zwischen Normen und empirischen Tatsachen ein enger Zusammenhang besteht[2] und zwar dergestalt, daß alle juristischen Normen (Rechtsregeln) an bestimmte dem Recht vorgegebene "sachlogische Strukturen" anknüpfen.[3] Dieser Mittler zwischen Sollen und Sein, in dem Norm und Sachverhalt zu einander in die Entsprechung gebracht werden, wird in der modernen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie als "Natur der Sache" bezeichnet.[4]

---

1) BVerfGE 24, 119 (135).

2) Vgl. Ernst Topitsch: Restauration des Naturrechts? - Sachgehalte und Normsetzungen in der Rechtstheorie, in: "Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft" (1961), S. 65.

3) Vgl. Welzel: Naturrecht und Rechtspositivismus, in: "Naturrecht oder Rechtspositivismus" (hrsg. v. Maihofer), S. 334 f; Perschel: Meinungsfreiheit des Schülers, S. 29.

4) Arthur Kaufmann: Analogie und "Natur der Sache", S. 35.

b) Fürsorge und Erziehung als Bestandteile der Entfaltung der Persönlichkeit des jungen Menschen

Will man unter dem Gesichtspunkt der "Natur der Sache" die anthropologisch vorgegebene Tatsache der Schutz- und Erziehungsbedürftigkeit des jungen Menschen mit den Grundrechtsnormen in Einklang bringen, so kann dies wohl nur in der Weise geschehen, daß beim Minderjährigen die Erziehung gleichsam als ein Bestandteil der freien Entfaltung der Persönlichkeit und damit seiner Freiheitsrechte mitgedacht wird. Das heißt aber, daß sowohl der allgemeine Grundsatz des Art. 2 I GG als auch die besonderen einzelnen Freiheitsrechte für den erziehungsbedürftigen Minderjährigen eine andere Bedeutung haben als für den voll entwickelten Erwachsenen. Wenn auch Art. 2 I GG seinem Wortlaut nach "jedem" die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit gewährleistet, so kann dies doch nicht bedeuten, daß damit etwa einem Kleinkind das Recht auf eigenverantwortliche Regelung seiner Lebensverhältnisse garantiert werde. [1] Solange der Mensch noch nicht zu vernunftgemäßem Handeln fähig ist und die gewährleistete Freiheit nicht zu seinem Vorteil gebrauchen kann, bedarf er der bevormundenden Fürsorge. [2] Durch Fürsorge und Erziehung muß der jugendlichen Persönlichkeit die erforderliche Hilfe gewährt werden, damit sie durch die Ausbildung ihrer Fähigkeiten und Anlagen zur Entfaltung gelangen kann.

Damit er z.B. von der in Art. 4 GG gewährleisteten Glaubens-, Bekenntnis- und Gewissensfreiheit überhaupt Gebrauch machen kann, muß der junge Mensch erst einmal mit den Grundlehren eines oder mehrerer Bekenntnisse oder Weltanschauungen und mit den Grundsätzen sittlichen Handelns vertraut gemacht werden. Die Meinungs-, Presse- und Informationsfreiheit (Art. 5 I GG) und das Briefgeheimnis (Art. 10 GG) würden für einen Minderjährigen, der weder lesen noch schreiben kann, einen großen Teil ihrer Bedeutung verlieren. Ebenso sollen es die Schulerziehung und die Vorbildung zu einem Beruf dem Jugendlichen erst ermöglichen, die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG auszuüben, und ihn in die Lage versetzen, sich später durch eigene Erwerbstätigkeit zu unterhalten.

Diese Beispiele zeigen, daß Erziehung gerade ein Hinführen zur Freiheit bedeutet. Jede von erzieherischer Verantwortung getragene Einzelhandlung an einem Minderjährigen bringt ihn der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit um ein Stück näher, auch wenn zur Erreichung dieses Zwecks die natürliche Freiheit des Jugendlichen vorübergehend beschränkt werden muß. [3] Elterliche Gewalt, Vormundschaft sowie schulische Erziehung "sind Mittel, die dem Betreuten die sinnvolle

---

1) So Reuter: FamRZ 1969, 623.

2) Reuter: FamRZ 1969, 623 f; Müller-Freienfels: Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 340; Stree: Deliktsfolgen und GG, S. 189.

3) In diesem Sinne Schuler: Freiheitsentzug zur Erziehung, RdJ 1961, 24.

Entfaltung seiner Persönlichkeit in Lebensphasen sichern, die Selbstverwirklichung in Selbstbestimmung nicht zulassen".[1] Die Auffassung, daß im Hinblick auf die Grundrechte des Minderjährigen für jede einzelne Erziehungsmaßnahme eine Güter- oder Interessenabwägung erforderlich sei,[2] wird der Natur der Sache gerade nicht gerecht. Denn weder die elterlichen noch die öffentlichen Erziehungsbefugnisse stehen als solche mit den Freiheitsrechten des Minderjährigen in Widerstreit. Kein rechtmäßiger Akt eines Erziehungsberechtigten braucht angesichts der Freiheitsrechte des Minderjährigen gerechtfertigt zu werden: er greift nicht in Freiheitsrechte ein, sondern dient ihrer Verwirklichung.[3]
Die verfassungsrechtliche Stellung des Jugendlichen ist also gekennzeichnet durch eine auf Grund seiner Schutz- und Erziehungsbedürftigkeit bedingte Modifizierung seiner Freiheitsrechte.[4]
Diese spezifische Rechtsstellung des Minderjährigen hat auch Dunz im Auge, wenn er darauf hinweist, daß "die sich aus der Minderjährigkeit ergebenden Beschränkungen der allgemeinen Freiheitsrechte ursprünglicher Art sind und sich deshalb, von Grenzfällen abgesehen, nicht unter dem Aspekt des Grundrechtsschutzes beurteilen lassen."[5]

4. Die Notwendigkeit einer Fremdbestimmung durch Eltern und Vormund in den durch Freiheitsrechte geschützten Lebensbereichen

Rechtstechnisch gesehen erfolgt die Modifizierung der Freiheitsrechte des Minderjährigen dadurch, daß die Rechtsordnung sowohl in den persönlichen als auch in den vermögensrechtlichen Angelegenheiten des jungen Menschen dem Willen von Eltern und Vormund grundsätzlich den Vorrang vor dem Willen des Minderjährigen einräumt. Diese Fremdbestimmung ist für den jungen Menschen auch in den durch Freiheitsrechte geschützten Lebensbereichen erforderlich, solange eine Selbstbestimmung in Selbstverantwortung noch nicht möglich ist.

---

1) So Gernhuber: Lb. d. Fam. R. § 7 I 3 (S. 51).
2) Vgl. Perschel: RdJ 1963, 37.
3) Gernhuber: Lb. d. Fam. R. § 7 I 3 (S. 51); vgl. a. AG Hamburg - Beschl. v. 14.6.61 - NJW 1961, 2160 (2162) und Beurmann: UJ 1963, 299.
4) Beurmann: UJ 1963, 299: "Die Grundrechte des Minderjährigen sind im Verhältnis zu dem Erziehungsrecht der Eltern ebenso wie zu dem in FE und FEH realisierten staatlichen Erziehungsrecht durch rechtssystematische Gewährleistungsschranken modifiziert". - Zum Begriff vgl. v. Mang./Klein: Vorbem. B XV 2 (S. 120 - 133, insbes. S. 125 f).
5) Dunz: Grundrechte und Bevormundung, JZ 1960, 476.

a) Die Maßgeblichkeit des Willens der gesetzlichen Vertreter

Ob sie in ihrer Eigenschaft als gesetzliche Vertreter durch selbständige Handlungen oder nur durch die Erteilung ihrer Zustimmung tätig werden, oder ob sie durch ihre Anweisungen, Ge- oder Verbote auf das Verhalten der ihnen anvertrauten Kinder einwirken, der Wille von Eltern und Vormund ist grundsätzlich auch im Bereich der Freiheitsrechte für die Minderjährigen maßgebend. Solange der junge Mensch in den durch die Freiheitsrechte geschützten Lebensbereichen noch nicht grundrechtsmündig ist, ist nicht der natürliche Wille des Unmündigen, sondern der Wille der Eltern (bzw. des Vormunds) für das Verfassungsrecht relevant. Zacher schreibt zutreffend: "Die individualrechtlichen Positionen des betreuten Jugendlichen realisieren sich nach außen regelmäßig erst durch das Hinzutreten der - vollen oder ergänzenden - elterlichen Fremdbestimmung als Vollrechte."[1)]

Das bedeutet auch, daß der volle verfassungsmäßige Schutz nur der durch den Willen von Eltern oder Vormund gedeckten Grundrechtsausübung zuteil wird, während der Wille des Kindes vom Recht zunächst unberücksichtigt bleibt, es sei denn, daß die gesetzlichen Vertreter ihre Befugnisse zum Nachteil des Kindes mißbrauchen. Wenn die Eltern beispielsweise für ihre 14-jährige schulentlassene Tochter einen Lehrvertrag[2)] mit einem Kaufmann abschließen, um das Mädchen zur Verkäuferin ausbilden zu lassen, obwohl das Kind selbst unbedingt Tänzerin werden möchte, dann wird der Schutz des Art. 12 I GG nur dem vom Willen der Eltern getragenen Lehrvertrag zuteil. Wenn es auch vom Standpunkt des Kindes gegen dessen Grundrecht auf freie Berufswahl verstoßen mag, wenn ihm die Eltern verwehren, Tänzerin zu werden, weil diese vertretbarer Weise von den fehlenden Talenten des Mädchens überzeugt sind, so kann es deshalb doch nicht zweifelhaft sein, daß die Eltern dieses Verbotsrecht haben müssen, um ihre Erziehungsaufgabe, die für sie eine Pflicht ist, realisieren zu können.[3)]
Es kann auch keine Rede davon sein, daß von der Substanz eines Freiheitsrechts für den Inhaber so gut wie nichts mehr übrigbleibt, wenn es andere gegen seinen Willen in eigener Verantwortung wahrnehmen.[4)] Denn das Grundrecht büßt dadurch nichts von seiner Abwehrfunktion gegenüber der öffentlichen Gewalt ein. Gegen die Einführung unverhältnismäßiger Zulassungsbeschränkungen oder gar gegen eine

---

1) Zacher: Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, S. 97 f.

2) Zum Abschluß des Lehrvertrages für Minderjährige vgl. Hueck/Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. I § 71 (S. 739) u. § 30 II 1 b (S. 172 f); Beitzke: Familienrecht § 27 II 2 (S. 193).

3) Anders FamRZ 1960, 476.

4) Diese Frage wird von Fischer (Trennung von Staat und Kirche, S. 56) aufgeworfen.

Steuerung des beruflichen Nachwuchses nach den Ergebnissen staatlicher Testverfahren können sich sowohl die Eltern im Namen ihrer Kinder als auch der Jugendliche selbst mit Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter unter Berufung auf Art. 12 I GG zur Wehr setzen. Der Minderjährige bleibt Zuordnungssubjekt seiner Freiheitsrechte, auch wenn seine gesetzlichen Vertreter diese Rechte für ihn ausüben.

b) Bindung der gesetzlichen Vertreter an das Wohl des Kindes

Die Fremdbestimmung, die sich daraus ergibt, daß die Eltern bzw. der Vormund die Grundrechte des Unmündigen für diesen ausüben, führt keineswegs dazu, daß der Minderjährige "fast zu einem rechts- und willenlosen Objekt elterlicher Gestaltung degradiert" wird.[1] Davon kann schon deshalb keine Rede sein, weil die elterliche Fremdbestimmung ausschließlich dem Interesse des jungen Menschen dient, der infolge seiner Schutz- und Erziehungsbedürfigkeit auf fremde Hilfe angewiesen ist. Das Entscheidende ist jedoch, daß Eltern und Vormund ihre familienrechtlichen Befugnisse gegenüber den ihnen anvertrauten Kindern nicht nach ihrem Belieben gebrauchen dürfen, sondern daß sie ihre Gewalt zum Wohle des Kindes auszuüben haben (vgl. § 1627 BGB). Sie unterliegen dabei der staatlichen Überwachung (Art. 6 II 2 GG). Das Kind ist für die Rechtsordnung kein Objekt elterlicher Herrschaft, weil durch die elterliche Gewalt als pflichtgebundenem Recht immer nur diejenigen Maßnahmen gedeckt sind, die wegen der Schutz- und Erziehungsbedürftigkeit des jungen Menschen zu seinem Wohle erforderlich sind. "Die elterliche Gewalt kann daher vom Ansatz her nicht als Grundrechtsbeschränkung begriffen werden, (sie) ist vielmehr als Organisation stellvertretender oder treuhänderischer Bewahrung und Entfaltung der Individualgüter des ihr Unterworfenen zu verstehen".[2] Das gleiche gilt für den Vormund und seine Befugnisse. Da Eltern und Vormund bei der Ausübung ihrer Befugnisse zur Personen- und Vermögenssorge - gerade auch soweit sie Grundrechte des Kindes tangieren - an das objektive Wohl des Kindes gebunden sind, kann man sie als "Sachwalter"[3] der Grundrechte des Kindes bezeichnen.

---

1) So aber Kuhn: Grundrechte und Minderjährigkeit, S. 62.

2) So Schwab JZ 1970, 746.

3) So die vom OVG Hamburg geprägte Formulierung, vgl. OVG Hamburg - Urt. v. 16.4.1953 - DVBl. 1953, S. 506 (508) und Urt. v. 12.3.1956 - NJW 1956, S. 1173; ebenso Becker: FamRZ 1961, 105; Erman/Ronke: Anm. 1 b zu § 1626 BGB; Staudinger/Donau: Rdnr. 2 zu § 1626 BGB.

IV. Der Grundrechtsschutz des Kindes vor Mißbrauch der elterlichen Gewalt

Die Unterwerfung des Minderjährigen unter das Sorgerecht von Eltern und Vormund kann freilich dann zu einer erheblichen Gefahr für die Freiheit des jungen Menschen werden, wenn die Sorgeberechtigten ihre Maßnahmen nicht am Wohl des Minderjährigen ausrichten, sondern ihre Befugnisse mißbrauchen.
Man wird zwar davon ausgehen können, daß eine "natürliche Vermutung"[1] dafür spricht, daß die Eltern ihre Gewalt im Interesse und entsprechend dem Wohle des Kindes ausüben. Wenn jedoch die Eltern in den verfassungsrechtlich geschützten Lebensbereichen ihre Befugnisse mißbrauchen, dann dienen ihre Maßnahmen nicht mehr der Verwirklichung der Grundrechte des Kindes, sondern sie führen zu einer Grundrechtsverletzung, vor der der junge Mensch hinreichend geschützt werden muß. Da sowohl die Befugnisse der Eltern als auch die der Vormünder und Sorgerechtspfleger im wesentlichen in den familienrechtlichen Vorschriften des bürgerlichen Rechts niedergelegt sind, kommt es darauf an, in welchem Verhältnis die Grundrechtsnormen zu diesen Normen des Privatrechts stehen.

1. Die Drittwirkungsproblematik

Es ist die nahezu einhellige Meinung in Lehre und Rechtsprechung, daß das GG rechtsgestaltend in das Privatrecht eingegriffen hat.[2] Doch gehen die Meinungen darüber, auf welchem Wege sich diese Einwirkung vollzieht und wie sie dogmatisch zu fassen ist, auseinander.
Nipperdey[3] und im Anschluß an ihn der erste Senat des BAG[4] vertreten die Auffassung, daß die Grundrechte Ordnungssätze für das gesamte soziale Leben sind, und daß zumindest ein Teil der Grundrechte unmittelbare Bedeutung auch für den Rechtsverkehr der Bürger untereinander hat.

Durch die unmittelbare Bindung des Einzelnen an die Grundrechte würde jedoch dessen Privatautonomie, deren Wahrung ja gerade auch eine Aufgabe der Grundrechte ist, wesentlich beeinträchtigt werden.[5] Denn eine derart weite Ausdeh-

---

1) Staudinger/Donau: Rdnr. 2 zu § 1626 BGB.
2) Leibholz/Rinck: Komm. z. GG, Einf. § 3.
3) Vgl. z.B. Nipperdey: RdA 1950, 121 (123 ff); ders. in: Die Grundrechte Bd. II, S. 18 ff; Enneccerus/Nipperdey: BGB Allg. Teil, S. 91 ff mit weiteren Nachweisen.
4) Seit BAGE 1, 185 (191 ff).
5) So Maurer: FamRZ 1960, 472.

nung der unmittelbaren Grundrechtsgeltung würde die individuelle Gestaltungsfreiheit im Privatrecht, insbesondere die Vertragsfreiheit, praktisch beseitigen. Wer beispielsweise behauptet, daß "Art. 3 III GG ein allgemeines, jeden Einzelnen bindendes Prinzip unseres sozialen Zusammenlebens aufstellt, der muß die Folgerungen ziehen, daß alle Einzelverträge, alle Gesellschaftsverträge, alle Satzungen von privaten Vereinen und sonstigen Gemeinschaften, alle letztwilligen Verfügungen, alle Stiftungen usw., die irgendwelche Differenzierungen auf Grund der in Art. 3 III GG aufgezählten Umstände enthalten, verfassungswidrig und damit nichtig sind".[1] Die Lehre von der absoluten Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht würde auch zu der bereits kritisierten Ansicht führen, daß es im Minderjährigenrecht zu einer unmittelbaren Kollision der Kindes-Grundrechte mit dem Grundrecht der Eltern aus Art. 6 II GG kommen müsse.[2] Wenn die Grundrechte zu einer Art "Kampfrechte" zwischen Eltern und Kindern deklariert würden, dann wäre den Eltern eine Erfüllung ihrer Erziehungsaufgabe rechtlich wie tatsächlich unmöglich. Wenn sich das Kind gegenüber elterlichen Erziehungsmaßnahmen grundsätzlich auf seine Grundrechte berufen dürfte, dann bedürfte beinahe jede elterliche Maßnahme einer besonderen Rechtfertigung vor der Verfassung, da fast jeder Akt der Erziehung notwendigerweise in irgendeiner Form die Freiheit des Zöglings beeinträchtigt.

Diese extreme Auffassung, zu der die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte führen würde, ist zu Recht auf nahezu einhellige Ablehnung gestoßen.[3] "Es ist nicht Sache der Verfassung die privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Staatsbürgern zu regeln, sondern dies ist Aufgabe der Einzelgesetzgebung".[4] Deshalb sind die Grundrechte unter Privaten nur auf Grund einer "Transformation" in das Zivilrecht anzuwenden. Den Vorzug verdient somit die Ansicht von einer lediglich mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, als deren Wortführer vor allem Dürig[5] hervorgetreten ist und der sich auch das BVerfG[6] angeschlossen hat.

---

1) So Reimers: MDR 1967, 534.

2) Hildegard Krüger: FamRZ 1956, 329 ff (331).

3) Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Art. 2 I GG, Rdnr. 59 a.E.; Rdnrn. 21 u. 25 zu Art. 19 III GG; v. Mangoldt/Klein: GG Bd. I (S. 61-69); Reimers: Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, S. 15; Peters, in: GRe IV/1, S. 393 und S. 395; Ballerstedt, in: GRe III/1, S. 56 f; Bachof, in: GRe III/1, S. 163 u. 173 f. Anders FamRZ 1960, 476; Gernhuber: Lb. d. Fam. R. § 7 I 2 (S. 50); Dölle: Familienrecht § 91 I (S. 138).

4) So Reimers: MdR 1967, 535.

5) Vgl. Dürig: Nawiasky-FSchr., S. 157 ff und in Maunz/Dürig/Herzog: Art. 1 III Rdnrn. 102 und 127 ff.

6) Vgl. BVerfGE 7, 198 (206).

Nach dieser Auffassung entfalten die Grundrechte ihre Wirkung im Privatrecht in der Weise, daß insbesondere die wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Begriffe und Generalklauseln des Privatrechts vom Wertgehalt der Grundrechte her ausgefüllt werden müssen. Auf diese Weise wird "einerseits die notwendige Einheit der Rechtsmoral im Gesamtrecht gesichert, andererseits aber die Eigenständigkeit des gegenüber dem öffentlichen Recht anders strukturierten Privatrechts gewahrt".[1] Es liegt auf der Hand, daß gerade diejenigen zivilrechtlichen Tatbestände, die einen unbestimmten Rechtsbegriff (wie "Treu und Glauben", "gute Sitten", "wichtiger Grund" und dgl.) enthalten, in ganz besonderem Maße auch einer verfassungsrechtlichen Bewertung zugänglich sind.[2]

2. § 1666 BGB als unbestimmter Rechtsbegriff

Einen solchen unbestimmten Rechtsbegriff, der einer Konkretisierung durch die Wertgehalte der Freiheitsrechte bedarf, enthält auch § 1666 I BGB. Nach dieser Bestimmung hat das Vormundschaftsgericht, wenn das geistige oder leibliche Wohl eines Kindes dadurch gefährdet wird, daß der Vater oder die Mutter das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht oder das Kind vernachlässigt, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen.

a) Trotz dieser generalklauselartigen Weite des Wortlauts wird hier dem Vormundschaftsgericht keine Ermessensentscheidung eingeräumt. Der Begriff des "Mißbrauchs" des Personensorgerechts ist vielmehr ein unbestimmter Rechtsbegriff (Gesetzesbegriff),[3] d.h. "ein Tatbestandsmerkmal, das im Gesetz nicht mehr definiert und definierbar ist, sondern in besonderem Maße ausfüllungsbedürftig ist, um eine der Eigenart des Einzelfalls angepaßte Entscheidung zu ermöglichen".[4] § 1666 BGB gewährleistet damit die Offenheit des Kindschaftsrechts für künftige neue Wertungen im Sinne einer veränderten Wertrangordnung und trägt damit der Geschichtlichkeit des Rechts Rechnung. Da die Vorstellungen über das, was das Elternrecht gebietet, einem Wandel unterworfen sind, der mit der Veränderung der sozialen Verhältnisse einhergeht, kann auch die Rechtsprechung zu dieser Bestimmung niemals abgeschlossen sein. So werden heute von der Rechtsprechung in großzügigerer Weise Lebenssachverhalte unter § 1666 BGB subsumiert, als dies vor einigen Jahrzehnten der Fall war, weil sich auf Grund unserer gewandelten Anschauungen bestimmte Maßnahmen bereits als mißbräuchlich

---

1) So Maurer: FamRZ 1960, 472.
2) Reimers: MDR 1967, 538.
3) BVerfGE 4, 52 = FamRZ 1954, 242.
4) So Staudinger/Göppinger: Rdnr. 29 zu § 1666 BGB.

darstellen, die man früher noch innerhalb der Grenzen der elterlichen Gewalt angesiedelt hätte.
Da § 1666 BGB diejenige Vorschrift ist, in der sich in besonderem Maße der Schutz des Kindes konzentriert,[1] hat der Vormundschaftsrichter bei der Prüfung der Frage des Sorgerechtsmißbrauchs vor allem auch die Bedeutung, die unsere Verfassung in ihrem Grundrechtsteil dem Wert der persönlichen Freiheit zumißt, zu berücksichtigen.[2] Damit wirken - im Sinne einer mittelbaren Drittwirkung - die Freiheitsrechte des Minderjährigen über die ausfüllungsbedürftige Norm des § 1666 BGB auf das familienrechtliche Eltern-Kind-Verhältnis ein.

b) Von der Verfassung her gesehen stellt § 1666 BGB zugleich eine konkrete Ausgestaltung des in Art. 6 II 2 GG normierten staatlichen Wächteramtes dar. Die Überwachung der Ausübung der elterlichen Gewalt liegt in erster Linie in den Händen des Vormundschaftsrichters. Damit ist die Vorschrift des § 1666 gleichsam der "Angelpunkt" für die gesamte Aufsicht und alle Eingriffe des Vormundschaftsgerichts bei der Erziehung des Kindes durch die Eltern.[3] Die in der Eingriffsbefugnis des Vormundschaftsgerichts im Falle des Sorgerechtsmißbrauchs enthaltene Beschränkung des Grundrechts der Eltern auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder ist durch Art. 6 II 2 GG gedeckt und somit von der Verfassung her gerechtfertigt.[4]

3. Anwendung des § 1666 BGB ohne Verschulden

Bei der Auslegung des § 1666 BGB herrscht lebhafter Streit darüber, ob das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts bei Gefährdung des Kindeswohles ein schuldhaftes Verhalten des Sorgeberechtigten voraussetzt, oder ob ausschließlich an den objektiven Tatbestand des Sorgerechtsmißbrauchs anzuknüpfen ist.
Während die einhellige Meinung in der Rechtsprechung und ein großer Teil der Literatur immer noch auf das Erfordernis des Verschuldens abstellt,[5] mehren sich die Stimmen, die dem Vormundschaftsgericht die Befugnis zum Eingreifen auch dann zugestehen, wenn ein Elternteil - auch unverschuldet - sein Sorge-

---

1) Gernhuber: FamRZ 1962, 93.
2) Maurer: FamRZ 1960, 472.
3) So Beitzke: Familienrecht, § 31 I 1 (S. 212); vgl. auch Staudinger/Donau: Vorbem. vor § 1626 Rdnr. 42.
4) BVerfGE 4, 52 (57).
5) Vgl. RGZ 147, 68; BGHZ 20, 320; BayObLGZ 13, 738; 28, 236; KG in OLG-Rspr. 33, 366; Soergel/Siebert/Lange: Rdnr. 14 zu § 1666 BGB; Erman/Ronke: Bem. 2 d zu § 1666 BGB.

recht objektiv mißbraucht oder das Kind vernachlässigt.[1]
Diese Interpretation, nach der die Tatbestandsmerkmale "Mißbrauch" und "Vernachlässigung" kein schuldhaftes Verhalten der Eltern bzw. eines Elternteils erfordern, verdient den Vorzug.
Zwar ist der Gesetzgeber ursprünglich davon ausgegangen, daß der gesamten Regelung des § 1666 das Verschuldensprinzip zugrundeliege.[2] Dies ist jedoch im Wortlaut des Gesetzes nicht zum Ausdruck gekommen.[3] Von Verschulden ist nämlich nur im 3. Fall des § 1666 I 1 BGB die Rede, der sich auf ehrloses oder unsittliches Verhalten eines Elternteiles bezieht. Auch in ihrem Wortsinn implizieren die Begriffe "Mißbrauch" und "Vernachlässigung" nicht das Erfordernis eines schuldhaften Verhaltens.[4] Für die Gesetzesauslegung ist jedoch nicht der subjektive Wille des historischen Gesetzgebers maßgebend, sondern der in der jeweiligen Vorschrift zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut, dem Sinn- und Satzzusammenhang ergibt, in den die Vorschrift hineingestellt ist.[5] Gerade der Sinn und Zweck dieser Vorschrift, nämlich der Schutz des Kindes, spricht gegen das Erfordernis eines Verschuldens der Eltern oder eines Elternteils. Um trotz der gegenteiligen Grundauffassung zu vernünftigen Ergebnissen zu kommen, weitet die Praxis den Verschuldensbegriff stark aus und behilft sich insbesondere mit der Konstruktion, ein Elternteil handele bei Uneinsichtigkeit und Unbelehrbarkeit schuldhaft.[6] Diese Konstruktion muß jedoch z.B. dort versagen, wo dem Elternteil die Schuldfähigkeit fehlt. Das Kind muß aber vor allen Pflichtwidrigkeiten der Eltern geschützt werden, nicht nur vor den schuldhaften.[7]
Dies wird auch durch folgende rechtssystematische Erwägungen bestätigt: Bei Gefährdung des Kindes in verhältnismäßig leichten Fällen ist nach §§ 55 ff JWG die Bestellung eines Erziehungsbeistandes zulässig. Erziehungsbeistandschaft setzt kein Verschulden der Eltern voraus, denn nach dem klaren Wortlaut des § 55 JWG

---

1) Z.B. Erna Scheffler, in: GRe IV/1, S. 286; Rauschert: ZBl-JugR 1962, 155 f; Staudinger/Göppinger: Rdnrn. 194 ff zu § 1666 BGB; Reuter: Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, S. 193.

2) Vgl. Staudinger/Göppinger: Rdnr. 2 zu § 1666 BGB mit Nachweisen zur Entstehungsgeschichte.

3) So mit Recht Erman/Ranke: Bem. 2 d zu § 1666; Staudinger/Göppinger: Rdnr. 194 zu § 1666 BGB.

4) Staudinger/Göppinger: Rdnr. 195 zu § 1666 BGB.

5) So BVerfGE 1, 299 (312).

6) So z.B. BGH LM § 1666 BGB Nr. 4 = FamRZ 1956, 350; zur Handhabung der sog. Verschuldensvoraussetzung in der Praxis vgl. Hirsch: Entzug und Beschränkung des elterlichen Sorgerechts, S. 89 ff (insbes. S. 92 ff).

7) Gernhuber: Lb. d. FamR. § 49 VIII 3 (S. 523).

kommt es auf die Ursache der Gefährdung der Entwicklung des Kindes nicht an. Das gleiche gilt auch für die Anordnung der Fürsorgeerziehung nach §§ 64 ff JWG, welche einen besonders weitgehenden Eingriff in die elterliche Gewalt darstellt. Entscheidend ist hier nicht, ob die Eltern an der Fehlentwicklung des Kindes ein Verschulden trifft, sondern entscheidend ist allein das objektive Vorliegen einer Verwahrlosung oder Verwahrlosungsgefahr (vgl. § 64 JWG).[1] Wenn nun aber sowohl bei dem schwersten Eingriff - der Trennung des Kindes von den Eltern gegen deren Willen im Rahmen der Fürsorgeerziehung - als auch bei dem leichten Eingriff durch die Erziehungsbeistandschaft kein Verschulden erforderlich ist, dann wäre es eine Ungereimtheit, wenn vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen gem. § 1666 I 1 BGB nur bei Verschulden der Eltern zulässig wären.[2]

Da in § 1666 BGB die staatliche Überwachung der Erziehung konkretisiert ist, muß diese Vorschrift schließlich auch innerhalb des in Art. 6 II 2 und III GG vorgezeichneten Rahmens in verfassungskonformer Weise ausgelegt werden. Der Sinn des "Wächteramtes" der staatlichen Gemeinschaft ist es aber, "objektive Verletzungen des Wohles des Kindes zu verhüten, unabhängig von einem Verschulden der Eltern".[3] Eine Bestimmung des einfachen Gesetzesrechts, welche auf ein Verschulden der Erziehungsberechtigten abstellt, würde somit angesichts des in der Verfassung ausgesprochenen Grundsatzes den Schutz des Kindes in unzulässiger Weise verkürzen.[4] Es erscheint daher nicht zuletzt auch im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung geboten, den § 1666 BGB so zu interpretieren, daß die in Abs. I Satz 1 enthaltenen Tatbestandsmerkmale "Mißbrauch des Sorgerechts" und "Vernachlässigung des Kindes" kein schuldhaftes Verhalten der Eltern oder eines Elternteiles verlangen. Das Vormundschaftsgericht hat vielmehr immer dann einzuschreiten, wenn das Kind objektiv in seinem Wohl gefährdet ist.[5]

---

1) Beitzke: Familienrecht § 31 I 2 (S. 212).

2) So Staudinger/Göppinger: Rdnr. 198 zu § 1666 BGB.

3) So BVerfGE 10, 59 (84).

4) Erna Scheffler (in: GRe IV/1, S. 286) bezeichnet die h.M. zu § 1666 BGB lediglich als "bedauerlich", ohne daraus Konsequenzen zu ziehen.

5) Zu diesem Ergebnis kommt auch Reuter (Kindgrundrechte und elterliche Gewalt), S. 193.

4. Verhältnis des Verfahrens nach § 1666 BGB zur Grundrechtsmündigkeit

a) Maßregeln nach § 1666 BGB als Akte bevormundender Fürsorge

Das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts, welches die Eltern von Amts wegen überwacht, erfolgt gemäß § 1666 BGB aber auch ohne Rücksicht darauf, ob das Kind sein Eingreifen wünscht. Insofern stellt das Verfahren nach § 1666 BGB auch einen Akt bevormundender Fürsorge dar.[1] Daher besteht zwischen den Fällen, in denen das Vormundschaftsgericht zur Sicherung der Freiheitsrechte des Kindes nach § 1666 eingreift und den Fällen der Grundrechtsmündigkeit als der Handlungsfähigkeit im Bereich der Grundrechte ein prinzipieller Unterschied: In den Lebensbereichen, in denen er bereits grundrechtsmündig ist, darf der junge Mensch selbständig entscheiden. Sein Wille tritt an die Stelle des Willens seiner Erziehungsberechtigten (vgl. z.B. § 5 S. 1 RelKEG für den Bereich des Art. 4 I, II GG). Wird dagegen den Eltern auf Grund des § 1666 BGB die Personensorge ganz oder teilweise (z.B. hinsichtlich des Rechts der Aufenthaltsbestimmung oder der Berufswahl) entzogen, so wird sie vom Vormundschaftsgericht auf einen gemäß § 1909 BGB zu bestellenden Pfleger übertragen, falls sie nicht einem Elternteil zu belassen ist (§§ 1680, 1679 I 1 BGB). Soweit es sich um Freiheitsrechte handelt, wird also das betreffende Grundrecht gemäß der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts von einem Sorgerechtspfleger wahrgenommen, weil sich die Eltern als Sachwalter des Kindesgrundrechts als unfähig erwiesen haben. Dagegen wird nicht die Entscheidung dem Kinde selbst überlassen, wie es bei der Grundrechtsmündigkeit der Fall ist. Freilich soll dies nicht darüber hinwegtäuschen, daß ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichts bei Sorgerechtsmißbrauch vor allem bei älteren Jugendlichen häufig im Ergebnis darauf hinauslaufen wird, den Wünschen des jungen Menschen Geltung zu verschaffen. Dennoch handelt es sich hier nicht um eine Mündigkeit i.e.S., da der Jugendliche in dem betreffenden Lebensbereich der Fremdbestimmung des Sorgerechtspflegers unterliegt.

b) Erweiterungsvorschlag de lege ferenda

Das System unseres geltenden bürgerlichen Rechts geht davon aus, daß das Vormundschaftsgericht diejenigen Angelegenheiten der Personensorge, welche es den Eltern auf Grund des § 1666 I BGB entzogen hat, stets auf einen gemäß § 1909 BGB zu bestimmenden Pfleger übertragen muß. Dagegen gestattet es das geltende Recht dem Vormundschaftsrichter nicht, einem jungen Menschen - auch wenn er bereits das 18. Lebensjahr vollendet hat - in den betreffenden Angelegenheiten (wie Aufenthaltsbestimmung, Berufswahl und dergl.) das Recht der Selbstbestimmung einzuräumen und ihm auf diese Weise eine Teilmündigkeit für be-

1) Reuter: Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, S. 195.

stimmte persönliche Angelegenheiten zu verleihen.
Diese Rechtslage ist für Heranwachsende insofern besonders unbefriedigend, als Minderjährige, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, nach §§ 3 ff BGB unter besonderen Voraussetzungen bereits in vollem Umfang für volljährig erklärt werden können. De lege ferenda wäre es daher erstrebenswert, daß der Gesetzgeber dem Vormundschaftsrichter im Rahmen der Maßregeln nach § 1666 BGB auch die Möglichkeit einräumte, über 18 Jahre alten Minderjährigen die Befugnis zu verleihen, in genau bestimmten persönlichen Angelegenheiten selbst zu entscheiden, wenn sie die hierfür erforderliche Reife besitzen.

5. Kein Antragsrecht des Kindes im Verfahren nach § 1666 BGB

Solange und insoweit ein Kind der Fremdbestimmung durch Eltern, Vormund oder Sorgerechtspfleger unterliegt, bleibt sein Wille für das Recht unmaßgeblich. Das Kind hat deshalb auch kein selbständiges Antragsrecht, um beim Vormundschaftsgericht ein Verfahren nach § 1666 BGB gegen seine Eltern in Gang setzen zu können.
Allerdings ist dem Minderjährigen durch die §§ 3 III, 30 III EheG ein eigenes Antragsrecht eröffnet, wenn die gesetzlichen Vertreter ohne triftige Gründe die Einwilligung zur Eheschließung verweigern. Das gleiche Recht steht dem Mündel gegenüber dem Vormund im Falle der Verletzung der Berufsfreiheit zu (§ 113 III BGB). Es handelt sich hier jedoch um ausdrücklich im Gesetz aufgeführte und begrenzte Ausnahmen, aus denen sich kein allgemeines Antragsrecht herleiten läßt. Auch unter der Herrschaft des Grundgesetzes kann § 1666 BGB nicht dahin ausgelegt werden, daß dem Kinde das förmliche Recht zusteht, beim Vormundschaftsgericht ein Einschreiten gemäß § 1666 BGB zu beantragen. Die Vorschriften des Art. 6 II 2 und III GG dienen zwar ausschließlich dem Schutz des jungen Menschen und sollen dessen Erziehung und Persönlichkeitsentfaltung auch im Falle eines Versagens der Erziehungsberechtigten sicherstellen. Zu diesem Zweck setzen diese Bestimmungen dem Grundrecht der Eltern auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder bestimmte Schranken. Sie begründen damit jedoch kein Recht des Kindes gegen die staatliche Gemeinschaft auf Ausübung des Wächteramtes. Vielmehr handelt es sich lediglich um einen reflexmäßigen Schutz des Kindes.[1)]
Aus der Einräumung eines selbständigen Beschwerderechts in § 59 FGG läßt sich ebenfalls kein Antragsrecht des Jugendlichen auf Einschreiten des Vormundschaftsgerichts herleiten. Denn die Gewährung eines Beschwerderechts hat nicht

1) So LG Stuttgart - Beschl. v. 18.4.61 - FamRZ 1961, 325 (326); Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 22 zu Art. 19 III GG; Hampel: FamRZ 1963, 545.

auch ein selbständiges Antragsrecht zur Folge.[1]
Dagegen ist das Kind nicht daran gehindert, sowohl beim Vormundschaftsgericht als auch beim Jugendamt Schutz und Hilfe zu suchen und evt. Maßnahmen gegen seine Eltern anzuregen. Denn das Jugendamt hat dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu machen, wenn ein Fall zu seiner Kenntnis gelangt, in dem das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten berufen ist (§ 1694 BGB), und das Vormundschaftsgericht kann mit dem Kinde persönlich Fühlung nehmen (§ 1695 II BGB).

V. Der Grundrechtsschutz des Mündels gegenüber dem Vormund

Wenn auch die unmittelbare Anwendung der Grundrechte im Eltern-Kind-Verhältnis abzulehnen ist, so bedarf doch die Frage der Grundrechtseinwirkung auf das Verhältnis zwischen Vormund und Mündel darüber hinaus einer besonderen Prüfung. Der Vormund wäre jedenfalls dann dem Mündel gegenüber unmittelbar an die Grundrechte gebunden, wenn seine rechtliche Stellung materiell dem öffentlichen Recht zuzuordnen wäre.
Das BVerfG hat in seiner Entscheidung über die Unterbringung volljähriger Mündel durch den Vormund v. 10.2.1960[2] den "öffentlich-rechtlichen Einschlag" der Vormundschaft in den Vordergrund gestellt und die Vormundschaft generell als Ausübung öffentlicher Fürsorge qualifiziert.[3] Ob dies für die Rechtsstellung des Vormunds tatsächlich zutrifft, läßt sich nicht an Hand abstrakter Kriterien beantworten, welche für die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht aufgestellt wurden. Es hängt vielmehr davon ab, ob sich die rechtlichen Phänomene der elterlichen Gewalt und der Vormundschaft in ihren Grundstrukturen so sehr von einander unterscheiden, daß auch hinsichtlich der Grundrechtsbindung eine Differenzierung vorgenommen werden muß.

1. Die Bestellung des Vormunds als Elternersatz

Der Hauptunterschied besteht darin, daß die elterliche Gewalt auf dem natürlichen Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern beruht und unmittelbar kraft Geset-

---

1) LG Kassel - Beschl. v. 30.6.70 - FamRZ 1970, 597; Gernhuber: FamRZ 1962, 91 Fn. 24; Schlegelberger: Anm. 5 zu § 59 FGG; Keidel: Anm. 1 zu § 59 FGG; Staudinger/Göppinger: Rdnr. 325 zu § 1666 BGB.

2) BVerfGE 10, 302.

3) BVerfGE 10, 302 (311).

zes eintritt, während die Vormundschaft auf der Bestellung des Vormunds durch das staatliche Organ Vormundschaftsgericht basiert. Somit würde es für eine unmittelbare Bindung des Vormunds an die Grundrechte sprechen, daß die Rechtsstellung des Vormunds gegenüber dem Mündel durch einen staatlichen Hoheitsakt begründet wird.[1)]

Es erscheint jedoch fraglich, ob der Art und Weise der Bestellung so entscheidendes Gewicht beizumessen ist, zumal sich eine andere befriedigende Regelung zur Berufung eines Vormunds wohl nur schwer finden lassen dürfte. Denn auf Grund seines Wächteramtes ist der Staat zum Einschreiten verpflichtet, wenn ein Kind keine Eltern mehr hat. Dieser Aufgabe kommt der Staat nach geltendem Recht regelmäßig in der Weise nach, daß er die Sorge für den Minderjährigen einer Privatperson zu grundsätzlich eigenverantwortlicher Führung überträgt. Daher ist zwar die Bestellung und Überwachung des Vormunds durch den Staat (die sog. staatliche Obervormundschaft) dem öffentlichen Recht zuzurechnen, nicht jedoch die Durchführung der Vormundschaft als solche. Der Vormund ist weder als Träger originärer öffentlicher Gewalt noch als eine Art "Beliehener" anzusehen, da er nicht mit hoheitlichen Funktionen betraut ist. Die Vormundschaft ist ein "privatrechtliches Ersatzinstitut für die fehlende elterliche Gewalt"[2)] oder - wie Schüler-Springorum es schlagwortartig ausgedrückt hat - der Vormund ist "Elternersatz, nicht Staatsfunktionär".[3)]

Hinzu kommt, daß der Vormundschaftsrichter bei der Auswahl des Vormunds nicht frei ist. Das Vormundschaftsgericht ist in erster Linie an die Benennung durch die Eltern gebunden (§ 1776 BGB) und hat im übrigen die nächsten Angehörigen des Mündels zunächst zu berücksichtigen (§ 1779 II 3 BGB). In der Regel wird der Vormund seinem Mündel daher auch persönlich und verwandschaftlich verbunden sein.

2. Rechtsstellung des Vormunds und Rechtsnatur der Vormundschaft

a) Ihrem Inhalt nach ist die Rechtsstellung des Vormunds weitgehend der Stellung des Inhabers der elterlichen Gewalt angepaßt und nachgebildet,[4)] so daß die Rechte und Befugnisse des Vormunds denen der Eltern entsprechen. Die Rechtsstellung des Vormunds unterscheidet sich allerdings von derjenigen der Eltern durch einige zusätzliche Bindungen an die vormundschaftsgerichtliche

---

1) Vgl. BVerfGE 10, 302 (328).
2) Maurer: FamRZ 1960, 471.
3) Schüler-Springorum: FamRZ 1961, 299.
4) Vgl. § 1793 einerseits, § 1626 II andererseits; ferner § 1800 I in Verb. mit §§ 1631 ff BGB.

Genehmigung,[1] durch eine strengere Aufsicht des Vormundschaftsgerichts und des Jugendamts[2] sowie durch eine Reihe andersartiger - und ebenfalls schärferer - gerichtlicher Eingriffsmöglichkeiten im Falle des Mißbrauchs bzw. Versagens.[3]

Diese stärkere Intensität der staatlichen Überwachung beruht auf der fehlenden natürlichen Bindung zwischen Vormund und Mündel. Gernhuber hat den Grund für die bestehenden Differenzierungen zutreffend aufgezeigt, wenn er sagt: "Anlaß aller differenzierenden Regelungen ist das Fehlen der Eltern und Kind verbindenden Blutsbeziehung: das Gesetz erwartet weniger Altruismus, begegnet dem Vormund mit mehr Mißtrauen und erwartet zwischen ihm und dem Mündel keine dem Verhältnis von Eltern und Kind voll entsprechende Gemeinschaft. Keine Differenz aber trennt elterliche Gewalt und Vormundschaft in der Grundstruktur voneinander".[4]

Hinsichtlich der Durchführung der Vormundschaft ist die staatliche Aufsicht durch das Vormundschaftsgericht wie bei den Eltern auf eine Rechtskontrolle und die Genehmigung bestimmter enumerativ aufgezählter Rechtsgeschäfte beschränkt. Der Vormund ist ebensowenig wie die Eltern an Weisungen des Vormundschaftsrichters gebunden. Er nimmt vielmehr seine Aufgaben der Personen- und Vermögenssorge selbständig und in eigener Verantwortung wahr.[5] Der Vormund wird nicht als staatliches Organ in Vertretung des Staates tätig, sondern auf Grund eigenen privaten Rechts.[6] Demgemäß hat auch der Gesetzgeber die Vormundschaft in bürgerlich-rechtlichen Rechtsformen ausgestaltet. Vor allem sind gerade diejenigen Vorschriften, welche die Aufgaben und Befugnisse des Vormunds gegenüber der Person und dem Vermögen des Mündels regeln (§§ 1793; 1800 I BGB), bis ins einzelne der elterlichen Gewalt angepaßt und deshalb dem Privatrecht zugehörig.[7]

Ein weiteres Indiz dafür, daß der Vormund dem Mündel als Subjekt des Privatrechts gegenübersteht, besteht darin, daß der Vormund nicht nach den Vorschriften über die Amtspflichtverletzung haftet, sondern auf Grund eines zwischen ihm und seinem Mündel bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses (§ 1833 BGB).[8]

---

1) Vgl. z.B. § 1643 gegenüber §§ 1821, 1822 BGB; ferner § 1800 II BGB.
2) § 1837 BGB.
3) § 1886 BGB.
4) So Gernhuber: Lehrbuch des Familienrechts § 64 II 1 (S. 713 f).
5) Lindacher: FamRZ 1964, 118.
6) Maurer: FamRZ 1960, 470.
7) Vgl. BGHZ 17, 108 (115); ebenso Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 3 zu Art. 104 GG; Gernhuber: Lb.d.Fam.R. § 64 I 1 (S. 713).
8) Maurer: FamRZ 1960, 470; BGHZ 17, 108 (116).

b) Im Gegensatz zur familienrechtlichen Vormundschaft stellt die Führung der Amtsvormundschaft nach §§ 37 ff JWG Ausübung öffentlicher Gewalt dar.[1] Denn das Jugendamt als Amtsvormund ist eine kommunale, im weiteren Sinne also staatliche Behörde (vgl. § 12 JWG). Anders als bei der BGB-Vormundschaft, die durch eine Privatperson selbständig und eigenverantwortlich geführt wird, nimmt hier ein Träger öffentlicher Gewalt durch seine Behörden die Fürsorge für Minderjährige wahr. Das geschieht regelmäßig dann, wenn die Fürsorge für einen Minderjährigen sonst nicht ausreichend gewährleistet wäre, z.B. wenn eine nichteheliche Mutter die elterliche Gewalt aus rechtlichen Gründen nicht ausüben kann (vgl. § 41 JWG n.F.; §§ 1791 c; 1673 BGB) oder notfalls unter den Voraussetzungen des § 46 JWG, wenn kein geeigneter anderer Vormund vorhanden ist.

Die Haftung des Amtsvormunds richtet sich nach §§ 839, 1833 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG.[2] Privatrechtliche Vorschriften finden nicht direkt, sondern nur über § 38 JWG Anwendung. Die Amtsvormundschaft ist somit - wie die gesamte Tätigkeit des Jugendamts - öffentliche Fürsorge.[3]

c) Gerade der Vergleich mit der Amtsvormundschaft zeigt, daß die einfache Vormundschaft trotz eines gewissen öffentlich-rechtlichen Einschlags grundsätzlich dem Privatrecht zugeordnet werden muß. Wenn auch die Bestellung des Vormunds durch staatlichen Hoheitsakt erfolgt, so entspricht die Durchführung der Vormundschaft doch in ihrer rechtlichen Qualität durchaus der elterlichen Gewalt, der sie im wesentlichen nachgebildet ist. Die familienrechtliche Vormundschaft über Minderjährige stellt daher - ebenso wie die Pflegschaft (§§ 1909, 1915 BGB) - kein öffentliches Amt dar.

3. Schutz der Grundrechte des Mündels

Da das familienrechtliche Rechtsverhältnis zwischen Vormund und Mündel ebenso wie das Eltern-Kind-Verhältnis dem Privatrecht angehört, kann sich der Minderjährige dem Vormund gegenüber nicht unmittelbar auf seine Grundrechte berufen.
Die Realisierung seines Grundrechtsschutzes ist für den Mündel vielmehr im Rahmen der privatrechtlichen Normen in ausreichendem Maße dadurch gewährleistet, daß der Vormund (bzw. Pfleger) einer im Vergleich zu den Eltern verstärkten Aufsicht durch das Vormundschaftsgericht unterliegt. So hat das Vormund-

---

1) Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 3 zu Art. 104 GG; BGHZ 9, 255 (257); BGHZ 45, 362 (369).
2) BGHZ 9, 255 (257).
3) Maurer: FamRZ 1960, 471.

schaftsgericht von Amts wegen gegen Pflichtwidrigkeiten durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten (§ 1837 BGB). Als äußerstes Mittel hat das Vormundschaftsgericht den Vormund zu entlassen, wenn die Fortführung des Amtes, insbesondere wegen pflichtwidrigen Verhaltens, das Interesse des Mündels gefährden würde (§ 1886 BGB). Ein pflichtwidriges Verhalten wird vor allem auch in der Verletzung der Freiheitsrechte des Mündels zu erblicken sein. Das Vormundschaftsgericht hat daher bei seinen Maßnahmen und Entscheidungen den Grundrechten des Minderjährigen in dieser Weise Rechnung zu tragen.

E. DAS PROBLEM DER GRUNDRECHTSMÜNDIGKEIT

Die familienrechtlichen Normen, welche die staatliche Aufsicht über die sorgeberechtigten Eltern und Vormünder sowie die dazu notwendigen Befugnisse des Vormundschaftsgerichts regeln, weisen auf ihrer Tatbestandsseite regelmäßig unbestimmte Rechtsbegriffe auf wie z.B. den des "Mißbrauchs" des Personensorgerechts in § 1666 I BGB oder den der "Pflichtwidrigkeit" bzw. des "pflichtwidrigen Verhaltens" des Vormunds in §§ 1837 I, 1886 BGB. Die mittelbare Einwirkung der Freiheitsrechte auf das Kindschaftsrecht, die sich in erster Linie im Wege der Ausfüllung solcher Rechtsbegriffe mit dem Wertgehalt der Grundrechte vollzieht, ermöglicht es dem Vormundschaftsrichter im Einzelfall, die verfassungsmäßig garantierten Freiheitsbereiche des jungen Menschen gegen einen Mißbrauch der Befugnisse von Eltern und Vormündern abzusichern.
Freiheitsbeschränkungen, die von der Verfassung her nicht mehr gerechtfertigt sind, sind jedoch nicht nur bei einer Überschreitung der Befugnisse der Sorgeberechtigten im Einzelfall zu befürchten. Noch wichtiger erscheint es im Interesse der Freiheit des jungen Menschen, eine zeitliche Überdehnung der generell normierten Fremdbestimmung durch Eltern oder Vormund über das durch die Schutz- und Erziehungsbedürftigkeit des Minderjährigen gebotene Maß hinaus zu unterbinden. Da rechtlich nicht notwendige Beschränkungen der Freiheit vor der Verfassung nicht bestehen können, darf eine kraft Gesetzes eintretende Bevormundung nur solange aufrecht erhalten bleiben bis das bevormundete Wesen zu vernünftiger Selbstbestimmung fähig ist.[1)]

---

1) Müller-Freienfels: Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 341.

I. Die Fragestellung

1. Die Wahrnehmung von Freiheitsrechten durch gesetzliche Vertreter

In den vorausgegangenen Erörterungen[1] ist bereits dargelegt worden, daß sich die Interessenwahrnehmung durch gesetzliche Vertreter und die dadurch bedingte Unterscheidung zwischen Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit grundsätzlich auch im Bereich der Freiheitsrechte als erforderlich erweist; denn nur durch eine kraft Gesetzes eintretende Interessenwahrnehmung durch Hilfspersonen ist gewährleistet, daß der Schutz der Grundrechte auch den Unmündigen zuteil werden kann.
Dabei hat sich jedoch gezeigt, daß die Freiheitsrechte einer Wahrnehmung durch gesetzliche Vertreter nicht in demselben Ausmaße zugänglich sind wie die subjektiven Rechte des Zivilrechts.[2] Ein Gebrauch der durch das jeweilige Grundrecht gewährleisteten Freiheit durch einen Vertreter ist nämlich nur möglich, soweit das einzelne Grundrecht durch rechtsgeschäftliche oder geschäftsähnliche Handlungen ausgeübt werden kann. Soweit Grundrechte dagegen ausschließlich die Freiheit eines bestimmten Verhaltens (z.B. die freie Meinungsäußerung) zum Gegenstand ihres Schutzes erklären, können die gewährleisteten Handlungen naturgemäß nur persönlich vorgenommen werden, so daß eine Vertretung beim Gebrauch dieser Freiheit ausscheidet. Im Falle einer Grundrechtsverletzung können allerdings alle aus dieser Beeinträchtigung entspringenden Abwehransprüche durch Vertreter verfahrensrechtlich geltend gemacht werden.

2. Der Eintritt der Selbstbestimmung

Da die Möglichkeiten der Fremdwahrnehmung durch die gesetzlichen Vertreter bei den einzelnen Typen von Freiheitsrechten sehr verschieden sind, zeigen auch Art und Intensität der Bevormundung in den einzelnen Grundrechtsbereichen kein einheitliches Bild. Während die Sorgeberechtigten bei den unvertretbaren Verhaltensfreiheiten lediglich kraft ihrer Schutz- und Erziehungsbefugnisse auf das Handeln des Zöglings einwirken können, ist beim rechtsgeschäftlichen Gebrauch der Grundrechte eine vollständige Fremdbestimmung bis zum Eintritt der Volljährigkeit denkbar.
Die Frage nach dem Eintritt der Selbstbestimmung im Bereich der Grundrechte, die in der Literatur unter dem Schlagwort der "Grundrechtsmündigkeit" diskutiert wird, stellt sich daher bei den einzelnen Freiheitsrechten in verschiedener Weise.

---

1) Abschnitt C. (S. 46 ff).
2) Vgl. dazu Reuter: FamRZ 1969, S. 622 ff.

Bei den schlichten Verhaltensfreiheiten und im Bereich der Gewissensentscheidungen, bei denen keine Vertretung möglich ist, geht es um die Feststellung, in welchem Umfang die Einflußmöglichkeiten von Eltern und Vormund, die nach dem Kindschaftsrecht des BGB bis zum Eintritt der Volljährigkeit reichen, kraft Verfassungsrechts bereits vorher ganz oder teilweise zurücktreten müssen, weil der bevormundete junge Mensch von einem bestimmten Alter an zu vernünftiger Selbstbestimmung fähig ist. Soweit die Grundrechte dagegen für den Unmündigen durch gesetzliche Vertreter ausgeübt werden, geht es darum, die Vereinbarkeit der bestehenden Mündigkeitsregelungen mit dem Verfassungsrecht zu überprüfen.

II. Die Bestimmung der Grundrechtsmündigkeit

1. Bestimmung der Grundrechtsmündigkeit aus einfachem Gesetzesrecht?

Wenn man allerdings davon ausgeht, daß sich der Ausgleich zwischen den Freiheitsrechten des Minderjährigen einerseits und den sich aus dem Sorgerecht von Eltern und Vormund ergebenden Befugnissen andererseits ausschließlich nach den Bestimmungen der einfachen Gesetze, insbesondere des Familienrechts, vollzieht, dann stellt sich die Frage, ob man neben den im einfachen Gesetzesrecht herausgebildeten Formen der Geschäftsfähigkeit, Ehemündigkeit, Religionsmündigkeit und dgl. überhaupt noch eine besondere "Grundrechtsmündigkeit" braucht. Diese Frage wird von Kuhn schlichtweg verneint.[1] Die Ansicht von Kuhn ist letztlich eine Konsequenz der Dürigschen Lehre, wonach das Spannungsverhältnis zwischen Elternrecht und Kindesgrundrechten "verfassungsrechtlich relevant" durch spezielle Kollisionsnormen und - soweit diese fehlten - durch das BGB aufgelöst werde.[2]

Diese Auffassung vermag jedoch dem Rangverhältnis von Verfassungsrecht und einfachem Gesetzesrecht nicht gerecht zu werden. Gegen die zivilrechtliche Lösung des Problems der Grundrechtsmündigkeit ist der Einwand zu erheben, daß hier Regelungen einfacher Gesetze pauschal zur Modifizierung der Ausübung von Grundrechten herangezogen werden. Diese Kritik muß sich auch gegen Hildegard Krüger richten, die zwar nicht das BGB als Kollisionsregelung gelten lassen will, aber im übrigen den Vorschlag macht, die Grundrechtsmündigkeit in Analogie zu Spezialvorschriften wie § 5 RelKG; § 59 FGG; § 19 V WPflG zu entwickeln. Es

---

1) Kuhn: Grundrechte und Minderjährigkeit, S. 61 und S. 281 ohne nähere Begründung.

2) So Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 26 zu Art. 19 III GG.

wäre aber "rechtsdogmatisch ein eigenartiges Ergebnis",[1] wenn man die Ausübung von Grundrechten ohne weiteres von den Bestimmungen einfacher Gesetze abhängig machen wollte. Denn "die Verfassung kann ... nur dann Maß der Gesetze sein, wenn ihr Inhalt sich von dem des zu messenden Gesetzesrechts unterscheidet".[2] Wenn man als Antwort auf die Frage nach der Grundrechtsmündigkeit einfach auf die Regelungen des niederrangigen Gesetzesrechts verweist, erhebt man damit das zu Messende selbst zum Maßstab. Dieser Weg führt in der Tat - um ein Schlagwort von Leisner zu gebrauchen - "von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung".[3]
Der Vorrang der Verfassung wird dabei allerdings nur relevant, falls dem GG selbst irgendwelche Anhaltspunkte zur Frage der Grundrechtsmündigkeit zu entnehmen sind, die dem einfachen Gesetzgeber in der freien Disposition über die Altersgrenzen für Mündigkeitsregelungen gewisse Schranken setzen. Soweit verbale Anknüpfungspunkte fehlen, ist es erforderlich, die anderen Sinnelemente der Verfassungsbestimmungen zu erschließen; dabei gilt es vor allem, den der Verfassung immanenten sachlogischen Strukturen auf die Spur zu kommen.

2. Der Weg zur Bestimmung der Grundrechtsmündigkeit von der Verfassung her

Das Grundgesetz selbst enthält keine Bestimmung darüber, von welchem Alter an eine natürliche Person ein ihr zustehendes Grundrecht selbständig ausüben darf. Das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung zu einem solch speziellen Problem macht deutlich, daß die Verfassung bei der notwendigen Allgemeinheit ihrer Normen und Prinzipien nicht als eine selbständige "zweite normative Etage"[4] angesehen werden kann, in der sich unsere gesamte Rechtsordnung gleichsam vorgeformt findet und aus der die einzelnen gesetzlichen Normen im Wege der Deduktion abgeleitet werden können. Die Lösung des Problems der Grundrechtsmündigkeit kann vielmehr nur unter Abwägung aller hierfür relevanten Gesichtspunkte des Rechts und der sozialen Wirklichkeit gefunden werden. Daß man dabei mit der Verfassung allein ohne Heranziehung der im einfachen Gesetzesrecht vorgeformten Rechtsinstitute nicht auskommen kann, lassen schon Einrichtungsgarantien wie Art. 6 I und Art. 14 I GG erkennen. Wegen der Rangordnung unserer Rechtsnormen hat jedoch dem "Blick nach unten" die Berücksichtigung

1) So Perschel: RdJ 1963, 34.
2) So Leisner: Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, S. 5.
3) Leisner: a.a.O., und JZ 1964, S. 201 ff.
4) Leisner: JZ 1964, 201.

aller verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte voranzugehen, wobei die Verfassung als Einheit gesehen werden muß.[1)]

a) Die im Grundgesetz genannten generellen Altersgrenzen

Allgemeine Altersgrenzen nennt das Grundgesetz in Art. 12 a I und in Art. 38 II GG.
Aus der in Art. 12 a I GG bezeichneten Altersgrenze, die den Beginn der Wehrpflicht mit dem vollendeten 18. Lebensjahr eintreten läßt, kann man Schlüsse hinsichtlich der selbständigen Ausübung der Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit, auf Verweigerung des Kriegsdienstes aus Gewissensgründen sowie der in Art. 17 a I GG genannten Grundrechte ziehen.
Durch die Neufassung des Art. 38 II GG[2)] wurde die Altersgrenze für das aktive Wahlrecht zum Bundestag vom vollendeten 21. Lebensjahr auf das vollendete 18. Lebensjahr herabgesetzt, während die Wählbarkeit zum Bundestag nunmehr mit dem Erreichen des Volljährigkeitsalters eintritt. Bereits vor dem Bund hatten die meisten Länder durch einfaches Gesetz oder im Wege der Verfassungsänderung das aktive Wahlalter auf 18 Jahre herabgesetzt.[3)] Diese Entwicklung findet ihre Berechtigung vor allem darin, daß die Heranwachsenden heute besser informiert und auf Grund dieser besseren Unterrichtung auch kritischer sind, so daß bei ihnen mit 18 Jahren ein hinreichendes Urteilsvermögen über politische Vorgänge und Zusammenhänge erwartet werden kann. Darüber hinaus erscheint es auch billig, daß man einem jungen Menschen von 18 Jahren, der seine Wehrpflicht ableisten und unter Umständen sogar sein Leben für den Staat einsetzen muß, das Recht zugesteht, in staatspolitischen Fragen aktiv mitzubestimmen.

Wenig glücklich erscheint dagegen die Bindung des passiven Wahlalters an die Volljährigkeit, die derzeit nach § 2 BGB noch mit der Vollendung des 21. Lebensjahres eintritt. Durch diese Regelung[4)] wird nicht nur eine verfassungsrecht-

---

1) Das Prinzip der Interpretation der Verfassung als Einheit betont Ehmke in VVDStRL 20 (1963), S. 77 ff.

2) 27. Gesetz zur Änderung des GG v. 31.7.1970 (BGBl. I, S. 1161).

3) Vgl. z.B. die Neufassung von Art. 7 I BV durch das 2. Gesetz zur Änderung der Verfassung des Freistaates Bayern v. 15.6.1970 (GVBl., S. 239), in Kraft seit 1.7.1970.

4) Es handelte sich zum einen in den BT-Ausschüssen gefundenen Kompromiß, nachdem der Entwurf der CDU/CSU-Fraktion eine Herabsetzung des passiven Wahlalters auf 23 Jahre und der Regierungsentwurf eine Herabsetzung auf 21 Jahre vorgesehen hatte, während manche parlamentarische Stimmen für eine Gleichstellung mit dem aktiven Wahlalter bei 18 Jahren eintraten. Vgl. dazu den Bericht von Fromme: ZRP 1970, 164.

lich relevante Altersgrenze der Disposition des einfachen Gesetzgebers unterworfen, sondern auch die Diskussion um eine Überprüfung des Volljährigkeitsalters[1] unnötigerweise mit der Frage der Wählbarkeit zum Bundestag belastet.[2] Von allen generellen Altersstufen, die unsere Verfassung kennt, ist gerade die Altersgrenze für die Wählbarkeit zum Bundestag am wenigsten für eine Verknüpfung mit dem allgemeinen Volljährigkeitsalter geeignet. Während das Volljährigkeitsalter den Zeitpunkt markieren soll, zu dem der durchschnittliche Bürger nach Ansicht des Gesetzgebers generell die Reife zur selbständigen Teilnahme am Rechtsverkehr erworben hat, müssen an einen Bürger, der in eine gesetzgebende Körperschaft gewählt werden soll, besondere Anforderungen gestellt werden. Andererseits kommt einer generellen Altersgrenze für die Wählbarkeit im Gegensatz zum Volljährigkeitsalter keine ausschlaggebende Bedeutung zu, da bei den Auswahlprozeduren für ein politisches Amt (vgl. § 17 ParteiG) ohnehin hinreichende Sicherungen eingebaut sind, um Bewerber auszuscheiden, denen das erforderliche Urteilsvermögen und die nötige politische Reife fehlt.[3]
Im Gegensatz zu der unnötigen Bindung des passiven Wahlalters an die Volljährigkeit hat der Verfassungsgeber zu Recht keinen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Altersgrenze für das aktive Wahlrecht und den Altersstufen für die zivilrechtliche Volljährigkeit, Ehemündigkeit und dgl. hergestellt. Die Annahme eines solchen Junktims zwischen politischer und privatrechtlicher Mündigkeit wäre auch nicht berechtigt, da für die Bestimmung jeder dieser Altersgrenzen verschiedene Erwägungen maßgebend sein müssen. Während die Wahlmün-

---

1) Vgl. die Ankündigung von Bundeskanzler Brandt in seiner Regierungserklärung vom 28.10.1969.

2) So hat Bosch in einem Diskussionsbeitrag zur Überprüfung des Volljährigkeitsalters bereits die Frage gestellt, ob wir wirklich wollten, daß sich demnächst 18-Jährige als Bundestagskandidaten bewerben (FamRZ 1970, 503, Fn. 70).

3) Aus diesem Grunde hat der SPD-BT-Abgeordnete Beermann das Erfordernis einer Altersgrenze beim passiven Wahlalter überhaupt in Frage gestellt: Da ein Wahlbewerber zu seiner Aufstellung zunächst das Votum von politisch interessierten Bürgern auf den Kreis- und Landesdeligiertenversammlungen benötige, würden ohnehin keine extrem jungen Kandidaten, die sich in der Parteiarbeit noch nicht bewährt hätten, aufgestellt werden. "Und es entbehrt jeder Wahrscheinlichkeit, daß - um ein hypothetisches Beispiel zu nennen - ein 18jähriger Schüler, dem es durch eine Reihe von Zufällen gelungen ist, als Kandidat nominiert zu werden, nachher von der Gesamtheit der Wahlberechtigten, die fast alle älter sind als er, tatsächlich auch gewählt würde" (vgl. den Bericht von Zundel, in: ZRP 1970, S. 93 f).

digkeit vor allem von der politischen Reife, der Kritikfähigkeit und dem Informationsstand abhängt, soll die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit bis zum Eintritt der Volljährigkeit den jungen Menschen vor den Folgen von für ihn nachteiligen Rechtsgeschäften schützen. Die Ehemündigkeit setzt wiederum ein gewisses Maß an persönlicher Reife und Verantwortungsbewußtsein gegenüber dem Partner voraus. So spricht z.B. die Tatsache, daß die Scheidungsziffer bei Paaren, die bei der Eheschließung noch nicht das 21. Lebensjahr vollendet hatten, etwa dreimal so hoch liegt wie bei Paaren, die bei der Heirat zwischen dem 26. und 30. Lebensjahr standen,[1] gegen eine Senkung des Ehemündigkeitsalters. In Anbetracht dieser unterschiedlichen Erwägungen, die für das jeweilige Mündigkeitsalter in den verschiedenen Lebensbereichen angestellt werden müssen, dürfen die wenigen im Grundgesetz genannten Altersgrenzen jedenfalls nicht überbewertet oder gar verallgemeinert werden.

b) Die Garantie des Elternrechts auf Pflege und Erziehung der Kinder

Bei der Frage nach der Grundrechtsmündigkeit ist ferner zu berücksichtigen, daß der einfache Gesetzgeber von der Verfassung her sowohl an die Grundrechte des jungen Menschen als auch an das Grundrecht der Eltern auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder (Art. 6 II GG) gebunden ist. Wenn auch das gegen den Staat gerichtete Eltern-Grundrecht von dem familienrechtlichen Institut der elterlichen Gewalt unterschieden werden muß, so darf nicht verkannt werden, daß Art. 6 II GG auch eine sachlich nicht gerechtfertigte Verkürzung der elterlichen Befugnisse durch den Gesetzgeber verhindern soll. Art. 6 II GG beinhaltet nämlich zugleich die verfassungsrechtliche Anerkennung des Instituts "Erziehung", welches das elterliche Sorgerecht und dessen Schutzcharakter einschließt. Während eine übermäßige Ausdehnung der Fremdbestimmung durch Eltern und Vormund - etwa bis zum 25. Lebensjahr - mit den Freiheitsrechten des jungen Menschen nicht zu vereinbaren wäre, würden andererseits Regelungen, welche die Mündigkeit vor dem Erreichen des erforderlichen Reifegrades eintreten lassen, den pflege- und erziehungsbedürften Minderjährigen nicht nur des Schutzes berauben, sondern zugleich auch das Grundrecht der Eltern auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder verletzen. Das Elternrecht wird allerdings erst dann beeinträchtigt, wenn den Eltern ganz oder teilweise entzogen wird, was noch als "Kind" anzusehen ist. Dieser Begriff, der von der Pflege- und Erziehungsbedürftigkeit her auszufüllen ist, läßt dem Ermessen des Gesetzgebers zweifellos einen weiten Spielraum und kann in den verschiedenen Lebensbereichen durchaus unterschiedlich bestimmt werden.[2] So wäre etwa gegen eine generelle Senkung

---

1) Vgl. Becker: FamRZ 1970, 118.

2) Vgl. Gernhuber: Lb.d.FamR. § 5 IV 3 (S. 36). Der BGH hat sich ebenfalls dafür ausgesprochen, daß der Gesetzgeber über die Mündigkeit nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden hat (BGHZ 21, 352).

der Altersgrenze für die Volljährigkeit von der Vollendung des 21. Lebensjahres auf die Vollendung des 18. Lebensjahres, wie sie in der öffentlichen Diskussion immer häufiger gefordert wird, [1] von der Verfassung her an sich nichts einzuwenden. Das Elternrecht dient als pflichtgebundenes Recht dem Wohle des Kindes. Die Erziehung ist kein Selbstzweck, sondern sie dient der Entfaltung der Persönlichkeit des Zöglings. Daher ist die Fremdbestimmung dort nicht mehr gerechtfertigt, wo sie "stärker oder länger bindet als der Zweck es erfordert". [2] Da der Gesetzgeber eine generelle Regelung zu treffen hat, muß er die Frage, in welchem Alter der junge Mensch die zur Selbstbestimmung in dem jeweiligen Bereich genügende Reife erlangt hat, nach dem Durchschnitt beurteilen. [3] So wäre etwa eine Herabsetzung des Volljährigkeitsalters auf das vollendete 14. Lebensjahr, in welchem sich der junge Mensch in der Regel noch im Zustand der Pubertät befindet, als ein grober Ermessensfehler des Gesetzgebers anzusehen. Eine derartige Regelung wäre wegen Verstoßes gegen das in Art. 6 II GG garantierte Elternrecht verfassungswidrig und damit nichtig.

c) Berücksichtigung der Sachgesetzlichkeiten

Der Gesetzgeber unterliegt jedoch nicht nur der Bindung an die Verfassung und deren Normen und Prinzipien, sondern er hat auch die Sachgesetzlichkeiten der zu regelnden Materie zu berücksichtigen. Er hat daher bei der Festlegung bestimmter Altersgrenzen für die Mündigkeit den anthropologischen Daten, die uns vor allem die Entwicklungspsychologie liefert, sowie der soziologischen Struktur der Familie Rechnung zu tragen. [4]
Nach den Erkenntnissen der Entwicklungspsychologie kommt die Entwicklung des jungen Menschen, die eine Erziehung durch andere und damit eine Fremdbestimmung erforderlich macht, mit dem Ende des Jugendalters, das etwa um das 20. Lebensjahr anzusetzen ist, zu einem gewissen Abschluß. [5] Mit dieser

---

1) Inzwischen wurde bereits ein von der CDU/CSU-Fraktion eingebrachter Gesetzesentwurf vom 11.11.70 über die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters von 21 auf 18 Jahre dem Bundestag zur weiteren Beratung zugeleitet. (Vgl. BT-Drucks. VI/1410). Die Forderung nach einer Herabsetzung des Mündigkeitsalters auf das vollendete 20. Lebensjahr wurde in der Lit. z.B. von Luther (Ehemündigkeit, Volljährigkeit, Strafmündigkeit, S. 82 ff und FamRZ 1969, 113 ff) erhoben.

2) So Gernhuber: FamRZ 1962, 92.

3) Staudinger/Göppinger: Vorbem. vor § 1666 BGB, Rdnr. 20.

4) Reuter und Säcker: NJW 1965, 2039.

5) Vgl. Remplein: Die seelische Entwicklung des Menschen im Kindes- und Jugendalter, S. 549 f und Überblick, S. 144 f.

Erkenntnis befindet sich daher die Altersgrenze der §§ 2; 1626 BGB durchaus in Einklang. Die von verschiedenen Seiten geforderte Herabsetzung des Volljährigkeitsalters auf 18 Jahre ist dagegen in Anbetracht der entwicklungspsychologischen Daten nicht ganz unproblematisch. Auch die Erfahrungen der Jugendstrafrechtspflege lassen Zweifel daran aufkommen, ob mit der zu beobachtenden Akzeleration der heutigen Jugend im körperlich-sexuellen Bereich eine entsprechende Entwicklung der geistigen Kräfte und des Verantwortungsbewußtseins einhergeht.[1] Bei der Ermittlung einer entwicklungsgemäßen Volljährigkeitsgrenze steht der Gesetzgeber vor der schwierigen Aufgabe, die bei den wichtigsten Lebenssituationen sich ergebenden Gefahren und die pädagogischen, ökonomischen und sonstigen Vor- und Nachteile einer vorverlegten Mündigkeit gegeneinander abzuwägen.[2]

Dabei ist andererseits zu berücksichtigen, daß infolge des Generationsunterschieds von einem Heranwachsenden "keine vollkommene Anpassung und wegen seiner Unerfahrenheit keine perfekte Meisterung der für ihn neuen Lebenssituation erwartet werden darf. Eine gewisse Zeit der Erprobung in Selbständigkeit und die damit verbundene Gefahr entwicklungsbedingter Mißgriffe ist unumgängliche Voraussetzung eines allmählichen, einigermaßen konfliktlosen Hineinwachsens in Gesellschaft und Rechtsordnung".[3] Die volle rechtliche Handlungsfähigkeit darf deshalb auch nicht erst nach der zu erwartenden Überwindung aller Übergangsschwierigkeiten gewährt werden, sondern bereits in dem Alter, in welchem nach dem Stand der Entwicklung das Bedürfnis nach selbständiger, von den Sorgeberechtigten unabhängiger Lebensführung besteht.

Neben den entwicklungspsychologischen Daten liefern auch die soziologischen bzw. sozialpsychologischen Erkenntnisse Kriterien für die Bestimmung von Mündigkeitsgrenzen. So ist beispielsweise seit dem Inkrafttreten des BGB mit seinen Mündigkeitsregelungen ein einschneidender Wandel der Familienstruktur zu verzeichnen. An die Stelle der patriarchalischen Familienordnung ist eine mehr partnerschaftliche Gliederung getreten, wobei die Eigenständigkeit des Kindes gegenüber den Eltern eine stärkere Betonung erhalten hat.[4] Diese Jugendemanzipation wird vor allem noch dadurch vorangetrieben, daß die Kinder und Jugendlichen heute durch die Massenmedien zahllosen Einflüssen ausgesetzt sind, die von außerhalb der Familie kommen.

Die Anknüpfung des rechtstechnischen Denkens an diese Fakten der sozialen Wirklichkeit und die Orientierung an den anthropologischen Daten erfolgt im Rahmen der Rechtsfindung aus der "Natur der Sache".

---

1) Bosch: FamRZ 1970, 503.

2) Ebhardt, in: Mitteilungen der AGJJ Heft 59 (1970), S. 28.

3) So Ebhardt, in: Mitteilungen der AGJJ Heft 59 (1970), S. 28.

4) Vgl. Carl Weiß: Artikel "Familie" in: Hdb. d. Soziologie, S. 893.

III. Funktion und Begriff der Grundrechtsmündigkeit

Da die Möglichkeiten der Fremdwahrnehmung durch die gesetzlichen Vertreter bei den einzelnen Typen von Freiheitsrechten sehr verschieden sind, erweist es sich als unmöglich, für den Gesamtbereich der Freiheitsrechte eine einheitliche Altersgrenze für die Mündigkeit aufzustellen.[1] In welchem Umfang der junge Mensch seine Freiheitsrechte selbständig ausüben darf, kann immer nur unter Berücksichtigung der erwähnten rechtlichen und faktischen Gesichtspunkte für das einzelne Grundrecht bestimmt werden.

1. Funktion der Grundrechtsmündigkeit für das materielle Recht

Für das materielle Recht hat die auf diese Weise ermittelte Grundrechtsmündigkeit folgende Aufgaben zu erfüllen:

a) Kriterium für die verfassungskonforme Auslegung der Vorschriften des Kindschaftsrechts

Die Hauptfunktion einer von der Verfassung her abgeleiteten Mündigkeit besteht darin, daß sie im Wege der mittelbaren Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht die Auslegung derjenigen Vorschriften des Kindschaftsrechts, welche die Ausübung von Freiheitsrechten tangieren, entscheidend beeinflußt und ein Kriterium für eine verfassungskonforme Auslegung dieser Vorschriften bildet.
Ein Beispiel, das im besonderen Teil dieser Untersuchung noch näher ausgeführt wird, möge dies verdeutlichen: Die Abwägung zwischen dem in Art. 9 III GG garantierten Recht der Koalitionsfreiheit und der Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen, welche im Elternrecht des Art. 6 II GG zum Ausdruck kommt, wird unter Berücksichtigung der Funktion der Gewerkschaften in der modernen Industriegesellschaft zu dem Ergebnis führen, daß ein Minderjähriger von seinem Grundrecht der Koalitionsfreiheit selbständig Gebrauch machen darf, sobald er in den besonderen Pflichtenkreis des Arbeitsverhältnisses eintritt. Aus diesem Grunde kann § 113 BGB heute in verfassungskonformer Weise nur so ausgelegt werden, daß die Ermächtigung durch den gesetzlichen Vertreter zur Eingehung eines Arbeitsverhältnisses den Minderjährigen auch für den Gewerkschaftsbeitritt unbeschränkt geschäftsfähig macht.[2]

---

1) Von Schlotheim: RdJ 1962, 258.
2) Vgl. dazu Woltereck: Arb.u.R. 1965, 263 ff (267).

b) Maßstab für die Erfassung verfassungswidriger Normen des Kindschaftsrechts

Soweit eine solche verfassungskonforme Auslegung nicht möglich ist, bildet die Grundrechtsmündigkeit einen Maßstab für die Ausmerzung verfassungswidriger Normen des Minderjährigenrechts.[1)]
Eine Norm, die das Mündigkeitsalter für einen bestimmten Grundrechtsbereich regelt (wie z.B. §§ 5 und 6 RelKEG für Art. 4 I, II GG), kann allerdings nur dann als verfassungswidrig angesehen werden, wenn die Verfassung selbst unter Berücksichtigung der Sachgesetzlichkeiten der zu regelnden Materie eine abweichende Altersgrenze gebietet. Dabei läßt sich vom Verfassungsrecht her in der Regel nur ein bestimmter Altersrahmen angeben, innerhalb dessen gesetzliche Regelungen als verfassungsmäßig anzusehen sind.[2)]

c) Anhaltspunkt für Mündigkeitsregelungen de lege ferenda

Schließlich liefert die von der Verfassung hergeleitete Mündigkeit im Bereich der einzelnen Freiheitsrechte dem Gesetzgeber Anhaltspunkte für subtilere Differenzierungen bei Mündigkeitsregelungen de lege ferenda.[3)] Der minderjährige Grundrechtsträger hat gegenüber dem staatlichen Gesetzgeber ein Recht darauf, daß dieser bei der Ausgestaltung des Kindschaftsrechts den Grundrechten des jungen Menschen Rechnung trägt.

2. Bedeutung der Grundrechtsmündigkeit für das Verfahrensrecht

Dem materiellrechtlichen Begriff der Grundrechtsmündigkeit entspricht die verfahrensrechtliche Befugnis des Minderjährigen, gegen Grundrechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt - nach Erschöpfung des Rechtsweges - selbständig Verfassungsbeschwerde nach § 90 BVerfGG erheben zu dürfen.[4)] Wenn z.B. der

---

1) Reuter und Säcker: NJW 1965, 2038 Anm. 3.

2) Der von Bosch erhobenen Forderung nach klaren Altersgrenzen (vgl. Grundfragen des Beweisrechts, S. 43 und S. 45, sowie FamRZ 1959, 203) braucht die verfassungsrechtliche Mündigkeit nicht unbedingt zu genügen.

3) Reuter: FamRZ 1969, 624 f.

4) Dürig: Rdnr. 27 zu Art. 19 III GG; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein: Rdnr. 35 f zu § 90 BVerfGG. Das BVerfG (E 1, 87) führt zur Abweichung der "Prozeßfähigkeit" vor dem BVerfG von der Prozeßfähigkeit im Sinne von §§ 51 ff ZPO aus: "So wird sich beispielsweise die Fähigkeit des einzelnen Wahlberechtigten, Beschwerde gem. § 48 BVerfGG einzulegen, nach der Regelung der Wahlfähigkeit richten, die

Jugendrichter einem fünfzehnjährigen Jugendlichen gem. § 10 oder § 23 JGG die Weisung erteilte, aus einer Sekte auszutreten, weil der Richter dieser Sekte einen ungünstigen Einfluß auf den Jugendlichen zuschreibt, so stünde dies mit der Verfassung nicht in Einklang (§ 5 RelKEG i.Verb. mit Art. 4 I, II GG),[1] und der Betroffene Jugendliche könnte diese Maßregel selbständig mit der Verfassungsbeschwerde angreifen.

Auf Grund des § 59 FGG ist dem unter elterlicher Gewalt stehenden Kinde bzw. dem unter Vormundschaft stehenden Mündel ab Vollendung des 14. Lebensjahres ein selbständiges Beschwerderecht gegen Verfügungen des Vormundschaftsgerichts in allen seine Person betreffenden Angelegenheiten gewährt. Auch hier kann der Jugendliche, wenn er durch die Entscheidung des Beschwerdegerichts in einem seiner Grundrechte beeinträchtigt wird, unter den Voraussetzungen des § 59 FGG nach Erschöpfung des Rechtswegs selbständig Verfassungsbeschwerde erheben.[2]

Auch nach § 62 I Nr. 2 VwGO sind beschränkt Geschäftsfähige prozeßfähig, soweit sie durch Vorschriften des bürgerlichen oder öffentlichen Rechts[3] für den Gegenstand des Verfahrens als geschäftsfähig anerkannt sind. So ist z.B. der Minderjährige Wehrpflichtige - wie sich aus § 19 V WPflG ergibt - in der Lage, in allen seine Wehrpflicht betreffenden Angelegenheiten selbständig und wirksam zu handeln,[4] wobei er natürlich auch die Verletzung von Grundrechten rügen kann, deren Wahrnehmung im Wehrdienst aktuell wird.

Fortsetzung der Fußn. 4) von S. 96:

durchaus nicht regelmäßig mit der bürgerlich-rechtlichen Geschäftsfähigkeit übereinzustimmen braucht. Andererseits wird die Fähigkeit zur Einlegung einer Verfassungsbeschwerde von der Ausgestaltung der einzelnen Grundrechte mitbeeinflußt werden; beispielsweise wird bei Verletzung des Rechts der Freiheit des religiösen Bekenntnisses gem. Art. 4 GG zu berücksichtigen sein, daß das Gesetz über die relig. Kindererziehung v. 15. Juli 1921 (RGBl. S. 939) besondere Altersstufen für die freie Wahl eines bestimmten religiösen Bekenntnisses vorsieht" (BVerfGE 1, 88 f).

1) Vgl. Stree: Deliktsfolgen und Grundgesetz, S. 204.

2) Perschel: RdJ 1963, 38.

3) Z.B. §§ 112, 113 BGB; § 5 RelKEG; § 19 V WPflG; § 7 StVZO.

4) BVerwGE 7, 66 (67).

3. Bestimmung des Begriffs der Grundrechtsmündigkeit

Aus der Art der Ableitung und aus den besonderen Funktionen, welche diese verfassungsrechtliche Mündigkeit zu übernehmen hat, heraus läßt sich auch der Begriff der Grundrechtsmündigkeit näher bestimmen.
Hildegard Krüger, die die Diskussion zum Problem der Grundrechtsmündigkeit eröffnet hat, versteht unter "Grundrechtsmündigkeit" die "Grundrechtsausübung durch Jugendliche".[1)]
Damit ist die Grundrechtsmündigkeit als eine Unterart der rechtlichen Handlungsfähigkeit umschrieben, nämlich als die Handlungsfähigkeit im Bereich der Grundrechte.[2)] Unter Handlungsfähigkeit im juristischen Sinne versteht man die Fähigkeit, selbständig - d.h. nach eigenem Willen - mit rechtlicher Wirkung handeln zu können.[3)]
Dieser allgemeine Begriff der Handlungsfähigkeit kann jedoch nicht ohne weitere Differenzierungen auf das Verfassungsrecht übertragen werden. Im Bereich der Freiheitsrechte kann der Begriff der Handlungsfähigkeit im rechtstechnischen Sinne nur insoweit Verwendung finden, als eine Fremdwahrnehmung von Grundrechten möglich ist,[4)] nämlich bei der Ausübung von Grundrechten durch rechtsgeschäftliches Handeln und bei der verfahrensrechtlichen Geltendmachung von Abwehransprüchen. Bei den schlichten Verhaltensfreiheiten, von denen der Grundrechtsträger von vornherein nur persönlich Gebrauch machen kann, läßt sich dagegen nur im untechnischen Sinne von Mündigkeit als der unbeschränkten Handlungsfähigkeit sprechen. Gemeint ist damit der durch die Berücksichtigung der Freiheitsrechte im Kindschaftsrecht bedingte stufenweise Abbau von Einwirkungsbefugnissen der Sorgeberechtigten vor Erreichen der Volljährigkeit.

Bei der Grundrechtsmündigkeit als der Handlungsfähigkeit im Bereich der Grundrechte geht es somit um die Frage, ob sich aus der Einwirkung der Freiheitsrechte auf das Kindschaftsrecht für den Minderjährigen bestimmte Teilmündigkeiten ergeben, welche die partielle oder volle Selbstbestimmung in bestimmten Lebensbereichen bereits vor Erreichen des Volljährigkeitsalters eintreten lassen. Von dieser Problemfrage ausgehend läßt sich der Begriff der Grundrechtsmündigkeit unter zwei Gesichtspunkten bestimmen:

---

1) Hildegard Krüger: Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt, FamRZ 1956, 329.
2) Gernhuber: Lehrbuch d.Fam.R. § 7 I 1 (S. 49 f).
3) Vgl. Dahm: Deutsches Recht, S. 411; Dietz: Dt.Personen-, Familien- und Erbrecht § 6 A (S. 38); Lange: BGB Allg.Teil § 22 I 1 a (S. 138); Lücken: JugWohl 1966, 29.
4) Vgl. Reuter: FamRZ 1969, 623.

a) Vom materiellen Gehalt her gesehen ist Grundrechtsmündigkeit die Fähigkeit zur selbständigen Ausübung von Grundrechten;[1] selbständig bedeutet dabei ohne Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter bzw. ohne die rechtliche Möglichkeit einer Einwirkung durch die Sorgeberechtigten.

b) Nach ihrer Funktion im System unserer Rechtsordnung ist die Grundrechtsmündigkeit ein Sammelbegriff für gesetzlich bestimmte[2] oder von Lehre und Rechtsprechung herausgearbeitete[3] Teilmündigkeiten vor Eintritt der Volljährigkeit auf Grund der Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht.

IV. Teilmündigkeiten des jungen Menschen im Bereich der Freiheitsrechte

1. Die Idealgestalt einer abgestuften Mündigkeit durch partielles Erlöschen der elterlichen Gewalt

a) Die rechtliche Stellung des jungen Menschen ist dadurch gekennzeichnet, daß er infolge seiner Schutz- und Erziehungsbedürftigkeit der Fremdbestimmung durch andere Menschen, insbesondere seiner Eltern bzw. seines Vormunds, bedarf. Es liegt jedoch in der Natur dieser familienrechtlichen Fürsorge und Erziehungsgewalt begründet, daß sie "zur Bewährung in der eigenen Verflüchtigung und schließlichen Auflösung berufen ist".[4] Denn es ist der Zweck der Befugnisse von Eltern und Vormund, das Kind durch ihre erzieherische Tätigkeit für die Selbstbestimmung reif zu machen. Ihre Befugnisse sind nur insoweit gerechtfertigt, als sie der Pflege und Erziehung der Kinder dienen. Diese Befugnisse müßten in ihrer Idealgestalt folglich jeweils partiell enden, sobald der Minderjährige in einem Lebensbereich zur Selbstbestimmung fähig geworden ist. Diese Idealgestalt der elterlichen Gewalt umschreibt Gernhuber, wenn er sagt: "Eine ihrem sinngebenden Prinzip konsequent folgende, jedem Vorwurf einer zwecküberschreitenden Bindung der Heranwachsenden entzogene elterliche Gewalt ist nur gege-

---

1) So die Definition von Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 20 zu Art. 19 III GG; ebenso Stein: Lehrbuch d. Staatsrechts § 40 I (S. 233) und Anders: FamRZ 1960, 475.

2) Z.B. §§ 5 RelKEG; 59 FGG.

3) Vgl. die im besonderen Teil dieser Untersuchung angeführte Rspr. zur Operationseinwilligung und zum Gewerkschaftsbeitritt Minderjähriger.

4) So Gernhuber: FamRZ 1962, 93.

ben, wenn der wachsenden Reife des Jugendlichen im jeweiligen Einzelfall Rechnung getragen wird mit einer den Reifephasen getreulich folgenden Verminderung der elterlichen Befugnisse".[1] Kuhn geht in seiner Untersuchung über "Grundrechte und Minderjährigkeit" offenbar davon aus, daß sich dieses Ideal eines abgestuften Übergangs von der Unmündigkeit bis zur vollen Mündigkeit im geltenden Recht ohne weiteres im Wege der Einzelabwägung zwischen den Grundrechten der Kinder und der verfassungsrechtlichen Position der Eltern verwirklichen lasse: "Je älter der Minderjährige wird, desto weniger pflege- und erziehungsbedürftig ist er, und desto weniger Eingriffe der Eltern können dann aus Erziehungs- und Pflegegründen gerechtfertigt sein".[2]

b) Die Lösung des Mündigkeitsproblems durch diese ideale Abstufung der elterlichen Gewalt würde sich jedoch in der Praxis in weiten Bereichen als undurchführbar erweisen. Denn hier ist lediglich ein allgemeiner Grundsatz formuliert, der zu seiner Anwendung auf die Lebenswirklichkeit der weiteren Konkretisierung durch Rechtsnormen bedarf. Das Recht würde seine Ordnungsaufgabe verfehlen, wenn es die Eltern und vor allem den Rechtsverkehr generell einer Generalklausel auslieferte, "deren Anwendung auf den Einzelfall mit letzter Prägnanz allenfalls einem jugendpsychologischen Sachverständigen möglich sein mag".[3] Aus Gründen der Rechtssicherheit muß es dem positiven Recht daher in weiten Bereichen versagt bleiben, dieser Idealgestalt der elterlichen Gewalt zu folgen. Denn "der jeweilige Reifegrad des Kindes ist kein Maßstab, dem jene Offenkundigkeit eignet, die der Rechtsverkehr vielfach benötigt. Wo klare, jedermann zugängliche Maßstäbe erforderlich sind, bleibt daher nur die Suche nach einem Standard, der Sachrichtigkeit nurmehr in typischer Sicht verbürgt".[4]

2. Die Standardisierung der Geschäftsfähigkeit im Bereich des Vermögensrechts

Eine strenge Standardisierung der Handlungsfähigkeit im juristischen Sinne ist im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs vor allem im Bereich der rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen erforderlich. Demgemäß entfalten die Regelungen über die Geschäftsunfähigkeit bzw. beschränkte Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen sowie das damit korrespondierende Institut der gesetzlichen Vertretung ihre Wirksamkeit insbesondere auf dem Gebiete des bürgerlichen Vermö-

---

1) So Gernhuber: FamRZ 1962, 92.
2) So Kuhn: Grundrechte und Minderjährigkeit, S. 71.
3) So Gernhuber: FamRZ 1962, 93.
4) So Gernhuber: Lb. d. FamR. § 49 VI 1 (S. 515).

gensrechts.

a) Verfassungsmäßigkeit der §§ 106 ff BGB

Der Hauptzweck der §§ 106 ff BGB besteht zweifellos darin, den jungen Menschen, der noch nicht die nötige Einsicht und Erfahrung besitzt, vor den nachteiligen Folgen eines Rechtsgeschäfts zu schützen. Ihr Zweck besteht aber auch darin, zu verhindern, daß Dritte mit dem Minderjährigen Geschäfte abschließen, die der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen als für dessen Erziehung schädlich ansieht.[1)]

Insofern bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen, für die Grundrechtsausübung in dem von Art. 14 I GG geschützten Bereich der Vermögensinteressen die §§ 106 ff BGB anzuerkennen, weil es sich hier um die gesetzliche Konkretisierung einer sachgerechten Abwägung zwischen der Freiheit und der Schutz- und Erziehungsbedürftigkeit des jungen Menschen handelt.[2)]

Wenn Hildegard Krüger demgegenüber vom Gesetzgeber die Ersetzung des Instituts der gesetzlichen Vertretung fordert, weil diese Rechtsfigur keinesfalls allein dem Interesse des Kindes, sondern in erheblichem Maße der Sicherung des - inzwischen fortgefallenen - väterlichen Nutznießungsrechts diene,[3)] so kann dem nicht gefolgt werden. In den Materialien zum BGB findet sich zwar der Satz: "Da die Wirksamkeit der von einem minderjährigen Hauskinde vorgenommenen Rechtsgeschäfte von der Einwilligung oder Genehmigung des Gewalthabers als des gesetzlichen Vertreters abhängig ist, ... so ist das mit der elterlichen Gewalt verbundene Recht der Nutznießung am Vermögen des Kindes gegen Beeinträchtigung durch Rechtsgeschäfte oder Rechtsstreitigkeiten des Kindes ausreichend geschützt".[4)] Damit ist jedoch lediglich gesagt, daß die in den §§ 106 ff BGB getroffene Regelung u. a. auch die Folge hatte, daß das väterliche Nutznießungsrecht gesichert war. Dies war jedoch keineswegs der primäre Zweck dieser Regelung. Den Vorschriften über Geschäftsfähigkeit und gesetzliche Vertretung liegt vielmehr als Leitgedanke zu Grunde, daß die Rechtsordnung den Minderjährigen Schutz vor nachteiligen Rechtsgeschäften zu gewähren hat, weil sie "nicht denjenigen Grad geistiger Reife und geschäftlicher Erfahrung" besitzen, "welcher erforderlich ist, um ungefährdet im Rechtsverkehr selbständig auftreten zu können".[5)] In diesem Sinne haben sich die betreffen-

---

1) Pawlowski: Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, S. 58 und JuS 1967, 304.

2) Woltereck: ArbuR 1965, 196.

3) Vgl. Hildegard Krüger: Einl. z. Gleichber. G Nr. 278 ff (280) und 289 a. E.

4) So Mugdan: Materialien zum BGB, Bd. IV, S. 388.

5) Mugdan: Materialien, Bd. I, S. 424.

den Vorschriften in der bürgerlichen Rechtsordnung durchaus bewährt. Der Fortfall des väterlichen Nutznießungsrechts wäre jedenfalls kein hinreichender Grund, das Institut der gesetzlichen Vertretung als solches zu ändern oder gar abzuschaffen.

b) Forderungen de lege ferenda

Demgegenüber erscheint die de lege ferenda erhobene rechtspolitische Forderung nach einer subtileren Regelung der Geschäftsfähigkeit angesichts der verhältnismäßig starren Altersansätze des BGB durchaus berechtigt. Denn das geltende deutsche Recht macht nur sehr beschränkt von der Möglichkeit Gebrauch, dem jungen Menschen bereits vor Eintritt der Volljährigkeit eine stufenweise Selbstverantwortung in einzelnen Lebensbereichen oder auch nur in einzelnen Angelegenheiten einzuräumen.[1] Falls sich der Gesetzgeber nicht zu einer Herabsetzung des Volljährigkeitsalters auf das vollendete 18. Lebensjahr entschließen sollte, wäre etwa daran zu denken, auch im Zivilrecht den Status des "Heranwachsenden"[2] einzuführen, und den 18- bis 21-jährigen eine Geschäftsfähigkeit eigener Art zuzuerkennen, bei welcher dem gesetzlichen Vertreter nur noch eine Kontrollbefugnis zustehen würde. Für den Schutz gegen wirtschaftlich nachteilige Geschäfte würde ein Anfechtungsrecht des gesetzlichen Vertreters, das der Geschäftspartner des Minderjährigen durch den Nachweis der Äquivalenz von Leistung und Ge-

---

1) So darf das Kind vom vollendeten 14. Lebensjahr an das Beschwerderecht gegen vormundschaftsgerichtliche Entscheidungen in allen seine Person betreffenden Angelegenheiten selbständig ausüben (§ 59 FGG). Mit dem gleichen Alter tritt die strafrechtliche Verantwortlichkeit (Strafmündigkeit) ein (§ 1 III JGG).
Mit Vollendung des 16. Lebensjahrs kann ein Minderjähriger selbständig ein Testament errichten (§ 2229 I BGB). Mädchen werden mit 16 Jahren bereits ehemündig (§ 1 I EheG). Zum selben Zeitpunkt tritt für alle Minderjährigen die Fähigkeit zur Eidesleistung im Zivil- und Strafverfahren (§ 393 ZPO, § 60 Nr. 1 StPO) sowie die Prozeßfähigkeit im sozialgerichtlichen Verfahren ein (§ 71 II SozGG).
Mit dem vollendeten 18. Lebensjahr beginnen die volle Deliktsfähigkeit (§ 828 II BGB), die Strafmündigkeit (§ 1 JGG) sowie das Recht, selbständig Strafanträge zu stellen (Antragsmündigkeit nach § 65 StGB). Für den Heranwachsenden besteht auch die Möglichkeit der Volljährigkeitserklärung (§§ 3-5 BGB) und er ist in der Regel aktiv wahlberechtigt (vgl. z.B. Art. 38 II GG; Art. 7 I BV).

2) Entsprechend § 1 II JGG.

genleistung ausräumen könnte, völlig ausreichend.[1]

c) Partielle Geschäftsfähigkeit

Nach geltendem Recht kann der Minderjährige - von der Möglichkeit einer vorzeitigen Volljährigkeitserklärung (§§ 3-5 BGB) abgesehen - nur durch eine Ermächtigung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts (§ 112 BGB) oder zur Eingehung eines Dienstverhältnisses (§ 113 BGB) die volle Geschäftsfähigkeit in diesen Teilbereichen erlangen. Die Ermächtigung zur Eingehung eines Dienstverhältnisses kann jedoch vom Mündel nur gegenüber dem Vormund erzwungen werden (§ 113 III BGB), von den Eltern kann der Jugendliche den ermächtigenden Akt dagegen nicht verlangen. Im Rahmen der einmal erteilten Ermächtigung setzt § 113 I BGB den Willen des Minderjährigen an die Stelle des Willens der gesetzlichen Vertreter und begründet damit eine zwar partielle, insoweit aber grundsätzlich unbeschränkte Geschäftsfähigkeit.[2] Die Befugnisse der gesetzlichen Vertreter sind dann für dieses Teilgebiet ausgeschaltet.[3]

3. Teilmündigkeiten im Bereich der Freiheitsrechte

Zwar läßt sich auch für jeden Lebensbereich, der durch ein Freiheitsgrundrecht geschützt wird, die Frage nach der Mündigkeit aufwerfen. Dabei nehmen jedoch diejenigen Grundrechte, die "höchstpersönliche" Rechtsgüter (Verhaltensfreiheiten und Gewissensentscheidungen) schützen, insofern eine Sonderstellung ein, als bei ihnen eine Vertretung in der Grundrechtsausübung nicht möglich ist. Da bei diesen Grundrechten die aktuelle Inhaberschaft zugleich mit dem Beginn der eigenen Handlungsfähigkeit eintritt, kann in ihren Schutzbereichen nur im untechnischen Sinne von der Mündigkeit als rechtlicher Handlungsfähigkeit gesprochen werden. Da die Eltern und Vormünder kraft ihres Personensorgerechts hier lediglich durch ihre ge- oder verbietenden Anweisungen auf das Verhalten ihrer Zöglinge einwirken können, bedeutet "Mündigkeit" in diesen Lebensbereichen die Beschränkung oder den Wegfall solcher Einwirkungsbefugnisse der Sorgeberechtigten vor dem Erreichen der Volljährigkeit.
Soweit dagegen eine Fremdwahrnehmung von Grundrechten möglich ist, weil die geschützten Interessen in vollem Umfang auch durch gesetzliche Vertreter geltend gemacht werden können, findet beim Eintritt einer Teilmündigkeit eine

---

1) So Pawlowski: Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, S. 57 f und JuS 1967, 304, Fn. 18.
2) Enn./Nipperdey: Allg. Teil Bd. I/2 § 151 III 4.
3) Soergel/Siebert/Seydel: Rdnr. 1 zu § 112 BGB.

echte Verlagerung der Rechtsausübung von den Eltern oder Vormündern auf den jungen Menschen selbst statt.
Da sich die Freiheitsrechte des Grundrechtskatalogs unserer Verfassung nicht "chemisch rein" in vertretungsfähige und unvertretbare Grundrechte scheiden lassen, weil es Mischformen gibt und selbst die reinen Verhaltensfreiheiten zumindest im Fall ihrer Verletzung von den gesetzlichen Vertretern verfahrensrechtlich geltend gemacht werden können, soll der Begriff der Grundrechtsmündigkeit, der sich im Schrifttum inzwischen eingebürgert hat, bei beiden Typen von Freiheitsrechten verwendet werden. Wie bereits dargelegt wurde,[1] ist die Grundrechtsmündigkeit ein Sammelbegriff für gesetzlich bestimmte oder von Lehre und Rechtsprechung herausgearbeiteten Teilmündigkeiten, welche infolge der Einwirkung der Grundrechte auf das Kindschaftsrecht vor Erreichen des Volljährigkeitsalters eintreten.

a) Gesetzliche Regelung

Als einziger Fall einer Grundrechtsmündigkeit hat bisher die Religionsmündigkeit durch das Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung (RelKEG) vom 15.7.21 (RGBl. 939, 1263) eine unmittelbare gesetzliche Regelung erfahren. Hier ist der Gedanke eines sich in Phasen vollziehenden Heranreifens des Kindes zur Selbstbestimmung vom Gesetzgeber beispielhaft verwirklicht worden.[2]

Das Selbstbestimmungsrecht des Kindes in religiösen und weltanschaulichen Fragen entwickelt sich nach diesem Gesetz in 3 Stufen:

aa) Nach Vollendung des 10. Lebensjahres ist das Kind vor einer Entscheidung des Vormundschaftsgerichts zu hören (§§ 2 III 5; 3 II 5 RelKEG).

bb) Nach Vollendung des 12. Lebensjahres kann das Kind gegen seinen Willen nicht mehr in einem anderen Bekenntnis als bisher erzogen werden (§ 5 S. 2 RelKEG).

cc) Nach Vollendung des 14. Lebensjahres ist das Kind religionsmündig, d.h. ihm steht die Entscheidung darüber zu, zu welchem religiösen Bekenntnis bzw. zu welcher nicht bekenntnismäßigen Weltanschauung es sich halten will (§§ 5 S. 1; 6 RelKEG).

Allerdings ist der Beginn der Entscheidungsfreiheit des Jugendlichen über seine Teilnahme am Religionsunterricht durch einzelne Landesverfassungen auf das 18. Lebensjahr heraufgesetzt worden (vgl. Art. 137 I BV; Art. 35 I RhPfVerf; Art. 29

1) Vgl. oben E III 3 b (S. 99).
2) So Gernhuber: Lehrbuch d.FamR. § 53 I 3 (S. 585); vgl. a. Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 23 zu Art. 19 III GG.

II S. 3 SaarlVerf).
Schließlich wird für Streitigkeiten aus dem RelKEG das Vormundschaftsgericht für zuständig erklärt (§ 7 RelKEG). Das RelKEG hält sich im Rahmen fehlerfrei ausgeübten Ermessens des Gesetzgebers und verletzt das Elternrecht nicht, obwohl es den Einfluß der Eltern auf ihre minderjährigen Kinder vermindert. [1)]

b) Verfassungskonforme Interpretation und analoge Anwendung bestehender Mündigkeitsregelungen

Wo es an einer unmittelbaren gesetzlichen Regelung fehlt, kann die von der Verfassung her gebotene Mündigkeit im Wege einer verfassungskonformen Interpretation bestehender Mündigkeitsregelungen verwirklicht werden.
So finden die §§ 112, 113 BGB auch dann Anwendung, wenn es sich um die Ausübung von Rechten handelt, die dem Minderjährigen im Rahmen seiner Berufsstellung zustehen. [2)] Die Eltern haben in der Regel nicht mehr die Befugnis, hier einzugreifen und dem Minderjährigen etwa den Beitritt zu einer Gewerkschaft (Art. 9 III GG), die Teilnahme an einer Betriebsversammlung (Art. 8 GG), die Ausübung des Wahlrechts zum Betriebsrat und dgl. vorzuschreiben oder zu untersagen. [3)]
Der Grundgedanke des § 113 BGB ist auch einer Erweiterung im Wege der Analogie für diejenigen Fälle zugänglich, wo der junge Mensch mit Zustimmung der gesetzlichen Vertreter einem besonderen Pflichtenkreis angehört. Zu denken ist dabei vor allem an besondere Gewaltverhältnisse, wie sie durch den Eintritt in eine höhere Schule, in eine Universität oder auch in den Wehrdienst begründet werden. [4)]

c) Richterliche Rechtsfortbildung

Die zuletzt genannten Beispiele deuten bereits darauf hin, daß weitere Teilmündigkeiten, die aus der Einwirkung der Verfassung und ihrer Freiheitsrechte auf das Kindschaftsrecht resultieren, auch im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung [5)] herausgearbeitet werden können. Die Wissenschaft kann dabei durch ihre Vorarbeiten eine wertvolle Hilfestellung leisten.
Wo die Grundrechte die Handlungsfreiheit ihres Inhabers um ihrer selbst willen

---

1) So Gernhuber: Lb. d. FamR. § 5 IV 3 (S. 36); vgl. auch BGHZ 21, 340 (352 f).
2) Weimar: Die partielle Geschäftsfähigkeit des Arbeitsmündigen, MDR 1963, 651.
3) Staudinger/Donau: Rdnr. 69 zu § 1626 BGB.
4) Vgl. Beitzke: Familienrecht § 26 III 2 b (S. 189); Gernhuber: Lehrbuch d. FamR. § 51 I 1 (S. 544); Hildegard Krüger: FamRZ 1959, 329 ff.
5) Vgl. dazu Larenz: Methodenlehre, S. 341 ff.

schützen, darf eine kraft Gesetzes bestehende Bevormundung nur so lange aufrechterhalten bleiben, bis das bevormundete Wesen zu vernünftiger Selbstbestimmung fähig ist.[1] Auf Grund der Berücksichtigung der Freiheitsrechte des jungen Menschen ist somit "ein in Phasen verlaufender Abbau der elterlichen Gewalt in allen Lebensbereichen anzuerkennen, in denen der Rechtsverkehr keinen standardisierten Maßstab benötigt".[2]
Bisher hat die Rechtsprechung grundsätzlich zwei Formen schwindender elterlicher Gewalt entwickelt. Einmal ein partielles Erlöschen der elterlichen Gewalt vor Eintritt der Volljährigkeit, weil sich der Sinn der elterlichen Fürsorge in einem Lebensteilbereich voll erfüllt hat, und zum anderen einen Gestaltwandel der elterlichen Gewalt, in dem sich die Direktionsbefugnisse einer ersten Phase zu Kontrollbefugnissen einer zweiten Phase verflüchtigen.[3] Der Abbau der elterlichen Gewalt durch partielles Erlöschen vor Erreichen der Volljährigkeit führt in dem betreffenden Lebensbereich zur vollen Selbstbestimmung. Dagegen werden beim stufenweisen Abbau der elterlichen Gewalt im Zuge eines Gestaltwandels die Eltern gegenüber dem heranwachsenden jungen Menschen auf die Funktion von Wächtern beschränkt, die nunmehr etwaige Fehlentwicklungen zu kontrollieren und zu steuern haben. In der zweiten Phase, in welcher die Eltern und Vormünder gegenüber den Heranwachsenden in bestimmten Lebensbereichen nur noch Kontrollbefugnisse ausüben, kann man von einer "beschränkten Grundrechtsmündigkeit" des Minderjährigen sprechen. So tritt die elterliche Gewalt, die sich grundsätzlich auf alle Lebensäußerungen des Kindes erstreckt, "in ständig zunehmendem Maße vor einem Geheimbereich des Kindes (Tagebücher, Briefe und dgl.) zurück und läßt legitim in ihn nur noch eindringen, wenn begründeter Verdacht einer Fehlentwicklung oder auch unzulässiger Beeinflussung durch Dritte gegeben ist".[4]

Schließlich überläßt die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung dem jungen Menschen auch die Disposition über höchstpersönliche Rechtsgüter wie z.B. bei der Erteilung der Einwilligung in eine Operation, sobald er nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung des Eingriffs in die körperliche Integrität und seiner Gestattung zu ermessen vermag.[5]

---

1) Reuter: FamRZ 1969, 623 f.
2) So Gernhuber: Lehrbuch d.FamR. § 49 VI 5 (S. 517).
3) Gernhuber: FamRZ 1962, 95.
4) So Gernhuber: Lb.d.FamR. § 49 VI 5 (S. 518).
5) BGHZ 29, 33; OLG München - Urt. v. 7.12.1956 - NJW 1958, 633; OLG Celle - Beschl. v. 2.10.1959 - MDR 1960, 136.

BESONDERER TEIL

Nach der Erörterung der allgemeinen Grundlagen von Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit des jungen Menschen im Bereich der Freiheitsrechte sollen die dabei gewonnenen Erkenntnisse nunmehr für die Untersuchung derjenigen Fragen fruchtbar gemacht werden, welche sich aus der Einwirkung der einzelnen Grundrechte unserer Verfassung auf das Minderjährigkeitsrecht für die Rechtsstellung des jungen Menschen ergeben.
Im allgemeinen Teil der Untersuchung wurde bereits dargelegt, daß eine Interessenwahrnehmung durch Vertreter bei den einzelnen Typen von Freiheitsrechten in sehr unterschiedlichem Umfange möglich ist. Während die spezifischen Verhaltensfreiheiten und die Grundrechte, welche die Freiheit von Gewissensentscheidungen gewährleisten, von ihrem Inhaber nur persönlich ausgeübt werden können, können diejenigen Grundrechte, welche andere Interessen schützen, durchaus im Wege der Fremdwahrnehmung durch gesetzliche Vertreter ausgeübt werden.

1. ABSCHNITT:

Grundrechte, die an Stelle des jungen Menschen von gesetzlichen Vertretern wahrgenommen werden können

Innerhalb der Gruppe von Freiheitsrechten, die einer Fremdwahrnehmung in vollem Umfang zugänglich sind, ergeben wiederum die zeitliche Ausdehnung und die Intensität der Fremdbestimmung durch die sorgeberechtigten Eltern und Vormünder ein recht unterschiedliches Bild. Während dem jungen Menschen in einzelnen verfassungsrechtlich geschützten Lebensbereichen die volle Selbstbestimmung und damit eine partielle Mündigkeit vor Erreichen des Volljährigkeitsalters gewährt wird, bleibt in anderen wichtigen Teilbereichen der Wille der Personensorgeberechtigten bis zum Eintritt der Volljährigkeit maßgebend.

A. GRUNDRECHTE, DIE DER FREMDBESTIMMUNG BIS ZUM EINTRITT DER VOLLJÄHRIGKEIT UNTERLIEGEN

Zu den Grundrechten, die infolge der Erziehungsbedürftigkeit des jungen Menschen, der das Grundgesetz durch die Anerkennung des Instituts "Erziehung" Rechnung trägt (vgl. Art. 6 II GG), bis zum Eintritt der Volljährigkeit der Fremd- oder Mitbestimmung der Personensorgeberechtigten unterliegen, gehören insbesondere Art. 2 II 2; 12 I und 16 I GG.

I. Art. 2 II 2; 104 GG: Das Recht der Aufenthaltsbestimmung und das Problem der Anstaltsunterbringung

Trotz seines weiten Wortlauts meint Art. 2 II 2 GG mit "Freiheit der Person" nicht etwa die Freiheit von jeglichem staatlichen Zwang,[1] sondern lediglich die Bewegungsfreiheit im körperlich-räumlichen Sinne.[2]

1. Das Verhältnis von Art. 2 II 2 zu Art. 104 GG

Mit der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2 II 2 GG stehen die formellen Gewährleistungen in Art. 104 GG in unlösbarem Zusammenhang.[3] Art. 104 GG steht zu der Garantie der Freiheit der Person in einem ähnlich engen Verhältnis wie etwa die Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 I GG) mit den verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für eine Durchsuchung in Art. 13 II GG.

Art. 104 stellt insofern lediglich einen Annex zu Art. 2 II 2, 3 GG dar, indem er Beschränkungen dieser grundrechtlich geschützten Position an die Beachtung besonderer formeller Garantien bindet.[4] Aus diesem engen Verhältnis beider Artikel ergibt sich, daß jede Nichtbeachtung des Art. 104 GG begrifflich zugleich eine Verletzung des Art. 2 II 2 GG darstellt. "Denn wenn Art. 104 GG den Eingriff in das materielle Freiheitsrecht unter besondere formelle Garantien stellt, dann muß jede Nichtbeachtung dieser Garantien zu einem verfassungsrechtlich

---

1) So aber LVG Hannover - Urt. v. 27.1.1955 - DVBl. 1955, 328 (329).

2) So die h.M., vgl. Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 49 zu Art. 2 II GG; Hamann/Lenz: Anm. 10 zu Art. 2 GG; v. Mangoldt/Klein: Anm. VI 2a zu Art. 2 GG.

3) Vgl. BVerfGE 10, 302 (322); zur Entstehungsgeschichte JöR n.F. Bd. 1, 63 ff und 745 ff.

4) Maurer: FamRZ 1960, 469.

nicht gedeckten Eingriff und somit zu einem Verstoß gegen Art. 2 II 2 GG führen". [1)]

2. Die Modifizierung der Art. 2 II 2, 104 GG beim erziehungsbedürftigen jungen Menschen

a) Inhaberschaft

Die Freiheit der Person gehört zu dem eng begrenzten Kreis derjenigen Grundrechte, die jedem Menschen schon von Geburt an aktuell zustehen. [2)] Denn die Bewegung ist eine "artbestimmte Verhaltensweise", die dem neugeborenen Menschen mit auf den Lebensweg gegeben wird. [3)] Wenn damit auch bereits dem Kind in der Wiege die körperlich-räumliche Bewegungsfreiheit entzogen werden kann, so darf dabei jedoch nicht verkannt werden, daß der materielle Inhalt dieses Grundrechts und seine aktuelle Bedeutung für den Inhaber in dem Maße wächst, in dem der junge Mensch die Fähigkeit erlangt, sich durch eigene Kräfte oder technische Hilfsmittel nach seinem Willen fortzubewegen.

b) Fremdbestimmung

Das Grundrecht auf körperlich-räumliche Bewegungsfreiheit ist in hervorragender Weise geeignet zu verdeutlichen, wie die Freiheitsrechte des Minderjährigen infolge seiner Erziehungsbedürftigkeit, der die Verfassung durch die Anerkennung des Instituts "Erziehung" Rechnung trägt, modifiziert werden. Wenn ein Kind nämlich von Verfassungs wegen berechtigt wäre, seinen räumlichen Aufenthalt jederzeit nach eigenem Willen zu bestimmen, könnte es sich dem Einflußbereich seiner Eltern oder seines Vormunds nach Belieben entziehen. Das Recht, den Aufenthalt des Minderjährigen zu bestimmen, muß daher den Eltern bzw. dem Vormund zustehen (vgl. §§ 1631; 1800 I BGB) weil es die unverzichtbare Grundlage für eine effektive Ausübung der gesamten Aufsichts- und Erziehungsbefugnisse der Sorgeberechtigten bildet. Aus diesem Grunde gehört die freie Wahl des räumlichen Aufenthaltes zu denjenigen Grundrechtsbereichen, wo die Fremdbestimmung durch Eltern und Vormund den Willen des Minderjährigen praktisch völlig verdrängt. [4)]

---

1) So Maurer: FamRZ 1960, 469.

2) Vgl. oben Allg. Teil B I 3 a (S. 26 f).

3) Remplein: Psychologie der Persönlichkeit, S. 138.

4) Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 11 zu Art. 104 GG: "Der Wille der Eltern oder des Vormunds substituiert den Willen des ihnen anbefohlenen Kindes bzw. Mündels". Vgl. auch Maurer: FamRZ 1960, 472; LG Stuttgart - Beschl. v. 18.4.61 - FamRZ 1961, 325 (326).

Die "Freiheit in Bezug auf die Wahl des Aufenthaltsortes, wie sie den Erwachsenen nach Art. 2 II 2 GG zusteht, ist dem Minderjährigen auf Grund seiner spezifischen Rechtsstellung versagt".[1)]
Kraft ihres Aufenthaltsbestimmungsrechts sind die zur Personensorge verpflichteten Eltern und Vormünder auch befugt, ihre Anordnungen gegenüber dem widerstrebenden Kinde durch eigene Macht zu verwirklichen. Falls diese nicht ausreicht, haben das Vormundschaftsgericht (§§ 1631 II; 1800 I BGB) und das Jugendamt (§ 48 II 2 JWG) sie auf Antrag in geeigneter Weise zu unterstützen, so z.B. bei der Zurückführung eines entlaufenen Kindes.[2)] Über die einfache Aufenthaltsbestimmung hinaus sind für die Durchführung einer sachgerechten Erziehung häufig weitergehende Freiheitsbeschränkungen erforderlich. Diese Maßnahmen reichen von der vorübergehenden Freiheitsentziehung als Zuchtmittel (Stubenarrest u. dgl.) bis zur länger dauernden Unterbringung des Jugendlichen in einem Internat oder Heim zum Zwecke der Ausbildung oder der überwachten Erziehung.

3. Die Unanwendbarkeit der Art. 2 II 2; 104 GG auf freiheitsbeschränkende Erziehungsmaßnahmen der Personensorgeberechtigten

a) Die Unterbringung durch die Eltern zu Erziehungszwecken

Das Recht und die Pflicht der Eltern, das Kind zu erziehen und seinen Aufenthalt zu bestimmen (§ 1631 I BGB) umfassen auch die Befugnis, das Kind in einem Heim oder Internat erziehen zu lassen, d.h. die Ausübung des Aufsichts- und Erziehungsrechts an eine Heimleitung oder sonstige Erzieher zu übertragen. Dies gilt auch für die Mutter eines nichtehelichen Kindes, der nunmehr grundsätzlich die volle elterliche Gewalt zusteht (§ 1705 n.F. BGB),[3)] sowie für die Adoptiveltern (§ 1757 I BGB). Kraft ihres Personensorgerechts sind die Eltern befugt, das Kind unter Einschränkung seiner Bewegungsfreiheit - auch gegen dessen Willen - in einem Kinderheim, Erziehungsheim, Internat und dgl. unterzubringen, ohne daß sie dazu einer Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht bedürfen.[4)]

---

1) So van Randenborgh: ZBlJugR 1963, 46.

2) Weimar MDR 1964, 22.

3) Daß die Anstaltsunterbringung durch die uneheliche Mutter keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, wurde bereits unter der bis zum 30.6.70 geltenden Fassung von § 1707 I 2 BGB von Kroll (Personensorge und Freiheitsentzug, S. 110 ff) und Weyer (FamRZ 1968, 188 ff) angenommen.

4) So die nahezu einhellige Meinung in Lehre und Rspr.; vgl. Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnrn. 3 u. 11 zu Art. 104 GG; Palandt/Lauterbach: Anm. 4 zu § 1631 BGB; Schüler-Springorum: FamRZ 1961, 296; BayObLGZ Bd. 13 (1963), S. 227 ff; AG Hamburg - Bschl. v. 14.6.61 - FamRZ 1961, 393.

Als typische Erziehungsmaßnahme, die von Art. 6 II GG vorausgesetzt wird, stellt eine derartige Heimunterbringung keine tatbestandsmäßige Freiheitsentziehung im Sinne der Art. 2 II 2, 104 GG dar.[1] Unter besonderen Umständen können die Eltern sogar verpflichtet sein, ihr Kind in einem Erziehungsheim unterzubringen. Nach einer Entscheidung des BayObLG[2] kann die Weigerung der Eltern, ihr taubstummes Kind in einer öffentlichen Taubstummen-Erziehungsanstalt erziehen zu lassen, den Eltern als schuldhafte Vernachlässigung der Erziehungspflichten angerechnet werden.
Da das Grundrecht des Art. 2 II 2 GG bis zur Volljährigkeit des jungen Menschen der elterlichen Fremdbestimmung unterliegt, ist der im Einzelfall für den Jugendlichen erforderliche Schutz gegen Mißbrauch aus der das Elternrecht ergänzenden und durch Art. 6 II 2 GG gedeckten Kontrollnorm des § 1666 BGB herzuleiten. Eine vom Erziehungszweck her ungerechtfertigte Heimunterbringung, die das Gesamtwohl des Kindes beeinträchtigte, wäre als Mißbrauch der elterlichen Gewalt anzusehen, der das Vormundschaftsgericht gemäß § 1666 BGB zum Einschreiten veranlassen müßte.[3]

b) Die Heimunterbringung zu Erziehungszwecken durch den Vormund

Die Frage, ob der Minderjährigen-Vormund für die Heimunterbringung des Mündels zum Zwecke der Erziehung ebenfalls keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, ist auch nach der Einfügung des § 1800 II BGB durch Art. 1 Nr. 32 FamRÄndG vom 11.8.1961 (BGBl. I S. 1221) lebhaft umstritten.[4]

Den Anstoß zur Schaffung der Vorschrift des § 1800 II BGB erhielt der Gesetzgeber durch die Entscheidung des BVerfG vom 10.2.1960 (BVerfGE 10, 302). Das Gericht hatte in seinem Beschluß festgestellt, daß eine richterliche Entscheidung nach Art. 104 II Satz 1 und 2 GG auch dann erforderlich sei, wenn der Vormund in Ausübung des ihm zustehenden Aufenthaltsbestimmungsrechts seinen volljährigen (geisteskranken) Mündel in einer geschlossenen Anstalt unterbringe.
Es ginge jedoch zu weit, wollte man aus dieser Entscheidung herleiten, daß auch die Unterbringung eines minderjährigen Mündels in einem Internat oder im Rahmen der Freiwilligen Erziehungshilfe (FEH) nach §§ 62 ff JWG als eine "Freiheitsentziehung" im Sinne von Art. 104 II GG anzusehen sei und daher

---

1) Staudinger/Donau: Rdnr. 30 zu § 1631 BGB; Schüler-Springorum: FamRZ 1961, 297.
2) BayObLG - Beschl. v. 22.11.24 - JFG Bd. 2 (1925), S. 101 ff.
3) Staudinger/Donau: Rdnr. 30 zu § 1631 BGB.
4) Baumann: Unterbringungsrecht, S. 164 f.

der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfe.[1] Zwar ist der Bundestags-Ausschuß nach dem Bericht von Elisabeth Schwarzhaupt in den Beratungen wohl davon ausgegangen, daß jede Maßnahme des Vormunds, die faktisch zu einer Einweisung des minderjährigen Mündels in eine geschlossene Anstalt führe - sei es eine Heilanstalt, sei es eine Anstalt im Rahmen der FEH - gemäß § 1800 II BGB der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unterliegen solle.[2] Dieser Auffassung ist jedoch entgegenzuhalten, daß das BVerfG selbst eine Differenzierung zwischen echten Erziehungsmaßnahmen und Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 GG vorgenommen hat,[3] und zwar trennte das BVerfG begrifflich die Freiheitsentziehungen in "kriminellen" und "fürsorgerischen" Fällen einerseits von den Erziehungsmaßnahmen andererseits. Dabei ist das Gericht zu dem Ergebnis gelangt, daß die richterliche Genehmigung neben den Kriminalstrafen auch in den fürsorgerischen Fällen erforderlich sei. Unter "fürsorgerischen" Fällen versteht das BVerfG dabei allein die Fürsorge zum Zwecke der Heilung und Sicherung, und es verweist ausdrücklich auf die Beispiele der Unterbringung in einer Irrenanstalt oder Trinkerheilanstalt.[4] Daraus kann man entnehmen, daß das BVerfG echte Erziehungsmaßnahmen des Vormunds wohl nicht als Freiheitsentziehung angesehen wissen wollte.[5] Hinzu kommt, daß Schwarzhaupt berichtet, der Gesetzgeber habe bewußt darauf verzichtet, näher zu umschreiben, wann eine Unterbringung, "die mit Freiheitsentziehung verbunden ist", vorliege. Er habe die Abgrenzung im einzelnen der Rspr. überlassen.[6] Unter diesen Umständen kann der subjektiven Auslegungstheorie, die auf den Willen des Gesetzgebers abstellt, bei der Interpretation des § 1800 II BGB jedenfalls keine maßgebende Bedeutung beigemessen werden. Auch der Wortlaut des Gesetzes zwingt nicht zu der Auslegung, daß eine Heimunterbringung Minderjähriger zu Erziehungszwekken durch den Vormund der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf.[7]

---

1) So aber OLG Hamm - Beschl. v. 4.6.62 - FamRZ 1962, 397 u. OLG Düsseldorf - Beschl. v. 2.11.62 - NJW 1963, 397.

2) Vgl. Schwarzhaupt: FamRZ 1962, 50.

3) BVerfGE 10, 302 ff (328); vgl. auch Prahl: NJW 1964, 530.

4) BVerfGE 10, 314.

5) So van Randenborgh: ZBlJugR 1963, 41.

6) Elisabeth Schwarzhaupt: FamRZ 1962, 50.
Scharfe Kritik an dieser "unsorgfältigen Arbeitsweise" des Gesetzgebers übt Rauschert (ZBlJugR 1962, 158): "Auch das bevorstehende Ende einer Sitzungsperiode ist kein ausreichender Entschuldigungsgrund dafür, einen Begriff, von dessen Inhalt man selbst keine rechten Vorstellungen hat, in der Hoffnung in ein Gesetz einzuführen, die Rspr. werde ihn schon klären".

7) Prahl NJW 1964, 530; Baumann: Unterbringungsrecht, S. 164.

Schließlich verbietet eine sinnbezogene teleologische Auslegung die Anwendung des § 1800 II und damit des Art. 104 II GG auf minderjährige Mündel, die aus Erziehungsgründen in ein Heim eingewiesen werden. Wenn etwa der Vormund beim Jugendamt die Gewährung von FEH (§§ 62, 63 JWG) durch Unterbringung in einem geeigneten Heim (§ 69 III JWG) beantragt, weil er selbst außerstande ist, eine wirksame Erziehung des Kindes zu leisten, so handelt es sich hierbei um eine Maßnahme, durch die das Recht des Kindes auf Erziehung erfüllt wird.

Soweit die Unterbringung eine typische Erziehungsmaßnahme darstellt, liegt überhaupt kein Freiheitsentzug i.S. des Art. 104 GG vor.[1] In Anbetracht der verfassungsrechtlichen Sonderstellung des erziehungsbedürftigen jungen Menschen wird man die Bestimmung des § 1800 II BGB daher so interpretieren müssen, daß bei den unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nur dann herbeizuführen ist, wenn die mit Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung zu Heil- oder Sicherungszwecken vorgenommen wird, wie es bei volljährigen Mündeln in aller Regel der Fall ist.[2] Die Heimunterbringung zum Zwecke der Erziehung unterliegt dagegen keinem Genehmigungsvorbehalt.

Damit der Vormund das Recht der Aufenthaltsbestimmung nicht zu Zwecken mißbraucht, die durch die Erziehung des Mündels nicht mehr gerechtfertigt sind, unterliegen seine Maßnahmen der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts. Im Rahmen dieses Wächteramtes hat der Vormundschaftsrichter das Grundrecht des Mündels auf körperliche Bewegungsfreiheit vor Beeinträchtigungen durch den Vormund zu schützen. Wenn dieser eine das Mündel-Grundrecht verletzende Entscheidung trifft, hat das Gericht durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten (§ 1837 I BGB), sofern nicht gar ein Grund für die Entlassung des Vormunds vorliegt (§ 1886 BGB). So hat beispielsweise in der dem Beschluß des BayObLG vom 9.10.1930[3] zugrundeliegenden Entscheidung das Erstgericht der Vormünderin untersagt, das Mündel in einem ausländischen Pensionat unterzubringen, weil dies den Belangen des Kindes zuwiderlaufe.

---

1) AG Hamburg - Beschl. v. 14.6.61 - FamRZ 1961, 393 (395); Schüler-Springorum FamRZ 1961, 297.

2) So die führenden Kommentare, vgl. Palandt/Lauterbach: Anm. 3 zu § 1800 BGB; Erman/Hefermehl: Anm. 2 b dd, zu § 1800 BGB; Soergel/Siebert/Germer: Rdnr. 9 zu § 1800 BGB; Riedel: Rdnr. 6 zu § 69 JWG; ferner Arnold: FamRZ 1963, 484; Prahl: NJW 1964, 530; a.A. Baumann: Unterbringungsrecht, S. 162 ff; Hampel: FamRZ 1963, 537 (539 f).

3) BayOLG JFG Bd. 8 (1931), S. 91 ff.

c) Die Unterbringung durch staatliche Behörden (insbesondere die Fürsorgeerziehung)

Während Art. 104 GG auf eine in Ausübung des Erziehungsrechts von Eltern (Art. 6 II GG) oder Vormund geschehene Unterbringung eines Minderjährigen in einem Heim keine Anwendung findet, [1] stellt die Einwirkung staatlicher Behörden auf den zur Selbstbestimmung Unfähigen, insbesondere die Unterbringung durch das Vormundschaftsgericht, eine Freiheitsentziehung i.S. des Art. 104 GG dar. Ein Spezialfall der Eingriffsbefugnisse des Vormundschaftsgerichts ist das Institut der Fürsorgeerziehung nach §§ 62 ff JWG. Abgesehen vom Vormundschaftsgericht kann auch das Jugendgericht nach §§ 9 Nr. 3; 12 JGG die Fürsorgeerziehung als Reaktion auf eine Straftat des Jugendlichen anordnen.

Bei der Fürsorgeerziehung werden durch § 71 I 2 JWG für die Unterbringung die Grundrechte der Freiheit der Person (Art. 2 II 2 GG) und der Freizügigkeit (Art. 11 I GG) ausdrücklich eingeschränkt, [2] während diese Beschränkung bei der Freiwilligen Erziehungshilfe nicht normiert wurde. Auch hierin zeigt sich, daß das Grundrecht des jungen Menschen auf körperliche Bewegungsfreiheit im Wege des Aufenthaltsbestimmungsrechts von Eltern oder Vormund wahrgenommen wird. Während bei der Freiwilligen Erziehungshilfe die staatliche Behörde das Aufenthaltsbestimmungsrecht nur solange anstelle der Personensorgeberechtigten ausüben kann, wie diese sich mit der Maßnahme einverstanden erklären, wird den Personensorgeberechtigten während der Dauer der Fürsorgeerziehung das Aufenthaltsbestimmungsrecht völlig entzogen. Sie können das Kind weder aus der Unterbringung zurückverlangen noch mitbestimmen, wo das Kind unterzubringen ist. [3]
Als ultima ratio unter den Erziehungsmitteln darf die Fürsorgeerziehung erst angeordnet werden, wenn andere Erziehungsmaßnahmen versagen oder deren Erfolgslosigkeit feststeht. [4]
Eine untere Altersgrenze ist für die Fürsorgeerziehung zwar nicht vorgeschrieben; kleinere Kinder müssen jedoch bereits erzieherischen Einflüssen zugänglich sein, was z.B. bei einem fünf Monate alten Kinde noch nicht der Fall ist. [5] Da ein

---

1) Hamann/Lenz: Anm. B 1 a, zu Art. 104 GG.
2) In Art. 5 I Satz 2 Buchst. d, der Europ. MRK, der bei Minderjährigen einen Freiheitsentzug zum Zwecke überwachter Erziehung ausdrücklich für zulässig erklärt, ist ebenfalls das Institut der Fürsorgeerziehung angesprochen (vgl. Schorn, Komm. zur MRK, S. 156).
3) Riedel: Rdnr. 2 zu § 71 JWG.
4) BGHZ 8, 134 (137).
5) OLG München - Beschl. v. 25.3.37 - JFG Bd. 15 (1937), S. 245.

Minderjähriger mit Vollendung des 14. Lebensjahres in eigenen Personensorgerechts-Angelegenheiten beschwerdebefugt ist (§ 59 FGG), kann er sich von diesem Alter an auch selbst mit der sofortigen Beschwerde gegen die Anordnung der Fürsorgeerziehung wenden (§ 65 IV JWG). In diesem Bereich kann ein mindestens 14 Jahre alter Minderjähriger sein Grundrecht auf körperliche Bewegungsfreiheit, das materiell der Fremdbestimmung durch Eltern oder Vormund unterliegt, wenigstens verfahrensrechtlich selbständig geltend machen.

4. Die Anstaltsunterbringung zu Heil- oder Sicherungszwecken

Nachdem eine Anwendung des § 1800 II BGB und damit des Art. 104 II GG auf eine Unterbringung, bei welcher der Erziehungszweck im Vordergrund steht, abgelehnt wurde, kann die Bedeutung des § 1800 II BGB nur darin bestehen, daß er die Unterbringung eines Mündels durch den Vormund zu Heil- oder Sicherungszwecken von der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht abhängig macht, während eine solche Genehmigung für Kinder, die unter elterlicher Gewalt stehen, nicht erforderlich ist.[1] Die hier vertretene Interpretation begrenzt die Wirkung des § 1800 II BGB auf den Kreis derjenigen Freiheitsbeschränkungen, mit denen sich auch der Beschluß des BVerfG vom 10.2.1960[2] befaßt hatte und dem diese Vorschrift ihre Entstehung verdankt. Denn die vom BVerfG für die Vormundschaft über Volljährige entwickelten Grundsätze lassen sich auf die Vormundschaft über einen Minderjährigen nur insoweit anwenden, als es sich um Tatbestände handelt, wie sie auch bei der Vormundschaft über Volljährige denkbar sind, nämlich Unterbringungen zum Zwecke der Sicherung oder der Heilbehandlung.[3] Maßnahmen zum Zwecke der Erziehung hatte das BVerfG ausdrücklich ausgenommen; denn gegenüber einem volljährigen Mündel hat der Vormund keine Erziehungsbefugnisse.[4]

a) Unterbringung durch die Eltern

Die Eltern bedürfen auch zur Unterbringung eines (etwa geistes- oder suchtkranken) Kindes in einer geschlossenen Anstalt nicht der Genehmigung durch das Vor-

---

1) Vgl. Palandt/Lauterbach: Anm. 3 a zu § 1800 und Anm. 4 zu § 1631 BGB; Erman/Hefermehl: Anm. 2 b dd zu § 1800 BGB.

2) BVerfGE 10, 302.

3) Arnold: FamRZ 1963, 485.

4) Vgl. BVerfGE 10, 302 (328).

mundschaftsgericht.[1]

Das BVerfG hat die richterliche Genehmigung nur im Falle einer Unterbringung durch den Vormund oder Pfleger für erforderlich erklärt; dagegen hat es im Falle einer Unterbringung durch die Eltern ausdrücklich die Frage der Genehmigung offengelassen.

Wenn Anders[2] bei der Unterbringung in einem geschlossenen Erziehungsheim die richterliche Genehmigung für entbehrlich hält, nicht aber bei der Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt, weil sich die Eltern in letzterem Falle geradezu ihrer Erziehungspflicht entzögen, so kann dem nicht gefolgt werden. Sicherlich wird in Ausnahmefällen bei manchen Eltern auch die Erwägung eine Rolle spielen, ein Kind, das für sie zu einer zu großen Belastung geworden ist, durch die Unterbringung in einer Anstalt "beiseite zu schaffen". Bei einem Handeln aus solch sachfremden Erwägungen ist das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten nach § 1666 BGB verpflichtet. Es wäre jedoch verfehlt, die Frage der Anstaltsunterbringung zu Heil- und Sicherungszwecken grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt zu betrachten, daß die Eltern sich der Sorge für das kranke Kind "entledigen" wollten. Ist zur Behandlung und Pflege eines geisteskranken Kindes eine Anstaltsunterbringung angezeigt, so können diese berechtigten Erwägungen der Eltern nicht anders behandelt werden als berechtigte Zwecke der Erziehung.[3] Es müßte sogar als ein unzulässiger Eingriff in das Elternrecht (Art. 6 II GG) angesehen werden, wenn die Unterbringung eines geistig oder psychisch gestörten Kindes durch die Eltern in einer Anstalt generell von einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung abhängig gemacht würde. Das Vormundschaftsgericht darf nur eingreifen, wenn die Unterbringung im Einzelfall einen Mißbrauch des Sorgerechts darstellt.[4]

b) Unterbringung durch den Vormund

Im Gegensatz zu den Eltern hängt die Anstaltsunterbringung des Mündels durch den Vormund zum Zwecke der Heilbehandlung oder der Sicherung von der Ge-

---

1) So Staudinger/Donau: Rdnr. 30 zu § 1631 BGB; Soergel/Siebert/Lange: Rdnr. 18 zu § 1631 BGB; Erman/Ronke: Anm. 4 b zu § 1631 BGB; Palandt/Lauterbach: Anm. 4 a zu § 1631 BGB; Böning: NJW 1960, 1378; Dunz: JZ 1960, 476; Maurer: FamRZ 1960, 470; ebenso AG Wennigsen (Deister) - Beschl. v. 20.6.60 - FamRZ 1960, 364; LG Augsburg - Beschl. v. 24.1.61 - FamRZ 1961, 323; LG Stuttgart - Beschl. v. 18.4.61 - FamRZ 1961, 325; BayObLGZ Bd. 13 (1963), S. 227.

2) Anders: FamRZ 1960, 475 ff.

3) So Staudinger/Donau: Rdnr. 30 zu § 1631 BGB.

4) Staudinger/Göppinger: Vorbem. vor § 1666 BGB, Rdnr. 23.

nehmigung durch das Vormundschaftsgericht ab, während es für die Unterbringung zum Zwecke der Erziehung einer solchen Genehmigung nicht bedarf.
Die Unterscheidung zwischen der Unterbringung in Erziehungsheimen oder Internaten einerseits und Anstalten, welche der Sicherung und Heilbehandlung dienen, andererseits ist schon insofern gerechtfertigt, als erstere typischerweise einen zumindest halboffenen Charakter haben, während letztere ihre Aufgaben nur in der Form von geschlossenen Anstalten erfüllen können. In einem Nervenkrankenhaus oder in einer Heilanstalt für Suchtkranke werden die Insassen auf einem bestimmten beschränkten Raum festgehalten, ihr Aufenthalt wird ständig überwacht, und die Aufnahme von Kontakten mit außenstehenden Personen wird durch Sicherungsvorkehrungen verhindert.[1)]
Diese Form des Freiheitsentzuges ist eine Maßnahme, die wesentlich genug ist, um zum Katalog der für den Vormund und den Sorgerechtspfleger genehmigungsbedürftigen Akte zu gehören.[2)] Da beim Vormund in der Regel die enge familiäre Bindung einer Eltern-Kind-Beziehung fehlt, ergibt sich für den Mündel eine größere Gefährdung, durch den Wunsch, sich der Belastung mit einem geistig oder körperlich gebrechlichen Mündel durch die Unterbringung in einer Anstalt zu entziehen.[3)]
Aus diesen Erwägungen erscheint die gegenüber den Eltern verschärfte staatliche Kontrolle bei der Unterbringung des Mündels durch den Vormund gerechtfertigt.

5. Die Kostentragung bei der Unterbringung erziehungsbedürftiger Minderjähriger

§ 81 I JWG geht zwar von dem Grundsatz aus, daß die Kosten für die im Einzelfall gewährte erzieherische Hilfe im Rahmen der Zumutbarkeit durch den Minderjährigen und auf Grund der Unterhaltspflicht von seinen Eltern aufzubringen sind, während die Träger der öffentlichen Jugendhilfe nur subsidiär für die Kosten aufkommen. In Abweichung von dieser Regelung gilt jedoch bei Freiwilliger Erziehungshilfe und Fürsorgeerziehung der Grundsatz der Priorität der Kostentragung durch die öffentliche Hand (§ 85 I 1 JWG),[4)] lediglich für den Fall der Zumutbarkeit sieht § 85 I 2 JWG eine Erstattung durch Kostenbeitrag vor. Damit werden Freiwillige Erziehungshilfe und Fürsorgeerziehung als die wichtigsten Er-

1) Vgl. Hampel: FamRZ 1963, 543.
2) Gernhuber: Lb. d. FamR. § 7 II4 (S. 52).
3) AG Wennigsen (Deister) - Beschl. v. 20.6.60 - FamRZ 1960, 364 (365).
4) Die Kosten der FEH und der FE trägt regelmäßig das Land, vgl. z.B. § 30 I BaWü LJWG v. 9.7.63 (GBl. S. 99); Art. 46 I BayJAG v. 23.7.65 (GVBl. S. 194); § 29 I NdsAGJWG v. 13.12.62 (GVBl. S. 246).

ziehungshilfen unabhängig davon gewährt, ob dem Minderjährigen und seinen Eltern die Aufbringung der Kosten zuzumuten ist. Dadurch soll erreicht werden, "daß diese Erziehungsmaßnahmen nicht infolge Prüfung der Kostenregelung verspätet zum Einsatz kommen".[1)]

Soweit Eltern ihr Kind selbständig in einem Heim untergebracht haben oder soweit sie im Wege der Erstattung zur Kostentragung herangezogen werden, haften bei der Unterbringung ehelicher Kinder beide Eltern nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen nebeneinander für den Unterhalt (§ 1606 III BGB). Dementsprechend wäre es in den Fällen, in denen ein nichteheliches Kind in einem Heim oder einer Anstalt untergebracht ist, nicht mit Art. 3 II GG vereinbar, den Vater im Verhältnis zur Mutter mit den gesamten Unterbringungskosten zu belasten, zumal die von den Anstalten geforderten Kosten den vom unehelichen Vater zu leistenden Regelunterhalt zumeist übersteigen werden. Während die uneheliche Mutter im Normalfall ihrer Unterhaltsverpflichtung durch die persönliche Pflege und Erziehung des Kindes nachkommt, wird die persönliche Betreuung bei einer längerdauernden Unterbringung vom Anstaltspersonal wahrgenommen. In dieser veränderten Situation gebietet es eine am Gleichberechtigungsgrundsatz (Art. 3 II GG) orientierte verfassungskonforme Auslegung der §§ 1615 a ff BGB, daß die Mutter nunmehr auf andere Weise zum Unterhalt des nichtehelichen Kindes beiträgt, indem sie im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit einen Teil der Unterbringungskosten übernimmt, der dem Wert der entfallenden mütterlichen Fürsorge entspricht.[2)]

Wegen der Kostentragung bei der Unterbringung zu Heilzwecken wird auf die Erörterung über die Heilbehandlung Minderjähriger verwiesen.

II. Art. 12 I GG: Bestimmung von Beruf und Schulbildung

Art. 12 I GG, der das Grundrecht der Berufsfreiheit enthält, gewährleistet dem Einzelnen das Recht, jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als "Beruf" zu ergreifen.[3)] Das Grundrecht der Berufsfreiheit steht dem jungen Menschen aktuell zu, sobald er das Alter erreicht hat, das nach der Ausgestaltung des gesamten Bildungswesens erforderlich ist, um einen über die allgemeine Grundschulbildung hinausführenden Ausbildungsweg einschlagen zu können.

---

1) So Riedel: Rdnr. 3 zu § 85 JWG. Vgl. auch LG Stuttgart - Urt. v. 13.10. 67 - FamRZ 1968, 213 (215 f).

2) So BVerfGE 26, 265 (274 f) zu § 1709 I a.F. BGB; ebenso bereits Gernhuber: Lehrb. d. FamR. § 57 II (S. 625 f).

3) BVerfGE 7, 377 (397, 402).

1. Die Notwendigkeit der Mitbestimmung der Erziehungsberechtigten

Zwar soll die Berufswahl nach dem von der Verfassung vorausgesetzten Menschenbild ein Akt der Selbstbestimmung und damit des freien Willensentschlusses des Einzelnen sein.[1] Beim Minderjährigen ist jedoch die Ausübung des Grundrechts der Berufsfreiheit ebenso wie das Recht der Aufenthaltsbestimmung durch seine Erziehungsbedürftigkeit modifiziert. Denn die Sorge für die Berufsausbildung, insbesondere die Sorge für die Wahl eines bestimmten Berufs bzw. einer bestimmten Schul- und Ausbildungsart ist ein wichtiger Bestandteil der Erziehung.[2] Das bedeutet, daß Minderjährige dieses Grundrecht nur mit Genehmigung der Erziehungsberechtigten ausüben dürfen,[3] so daß hier keine Grundrechtsmündigkeit im Sinne einer vorverlegten Teilmündigkeit eintritt.
Die Mündigkeit im Bereich des Art. 12 I GG richtet sich vielmehr nach den Regelungen der bürgerlichen Rechtsordnung über das Eltern-Kind-Verhältnis und die Vormundschaft.[4] Das Grundrecht der Berufsfreiheit wird bei Minderjährigen in aller Regel durch den Abschluß eines Dienst- oder Berufsausbildungsvertrages (vgl. §§ 3 ff BerufsbildungsG) bzw. durch die Anmeldung zu einer weiterführenden Schule, also durch rechtsgeschäftliche bzw. geschäftsähnliche Erklärungen ausgeübt. Derartige Erklärungen darf der Minderjährige trotz der Selbstbestimmungsgarantie des Art. 12 I GG nicht gegen den Willen seiner gesetzlichen Vertreter abgeben (vgl. z.B. § 4 II BerufsbildungsG). Sofern nicht gar die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist (§ 1822 Nrn. 6 und 7 BGB), kann der gesetzliche Vertreter allerdings den Minderjährigen zur selbständigen Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses ermächtigen (§ 113 I BGB). Der Jugendliche hat jedoch gegen seine Eltern keinen Anspruch auf Erteilung dieser Ermächtigung; nur wenn der gesetzliche Vertreter ein Vormund ist, kann er den Antrag auf Ersetzung der Ermächtigung durch das Vormundschaftsgericht stellen (§ 113 II BGB). Bei den zur Fürsorgeerziehung untergebrachten Jugendlichen geht das Mitbestimmungsrecht bei der Berufswahl als Bestandteil des Erziehungsrechts mit auf die Ausführungsbehörde über. Es verstößt deshalb nicht gegen Art. 12 I GG, wenn diese nach § 69 IV JWG für alle Rechtsgeschäfte, welche die Eingehung, Änderung oder Aufhebung eines Arbeits- oder Berufsausbildungsverhältnisses be-

---

1) BVerfGE 7, 377 (403).
2) Staudinger/Donau: Rdnr. 13 zu § 1631 BGB; Beitzke: FamR. § 27 II 2 (S. 193); vgl. a. RGZ 129, 18 (20); BVerwGE 5, 153 (155).
3) V. Mangoldt/Klein: Anm. V 2 c zu Art. 12 GG (S. 377); Staudinger/Gotthardt: Rdnr. 15 zu § 1610 BGB.
4) Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 7 zu Art. 12 GG; vgl. auch OVG Münster - Urt. v. 11.5.65 - DAVorm 1966, 83 (Begründung des Dienstverh. eines Soldaten auf Zeit nur mit Zustimmung des gesetzl. Vertreters).

treffen, als gesetzliche Vertreterin des Minderjährigen gilt.[1]
Die Mitbestimmung der gesetzlichen Vertreter bis zum Eintritt der Volljährigkeit ist in diesem Umfang auch erforderlich und notwendig, weil in den Fragen der Schul- und Berufsausbildung selbst den umsichtigsten, strebsamsten und begabtesten Minderjährigen jegliche Erfahrung fehlt.[2] Die dargestellte Rechtslage deckt sich auch mit der Lebenswirklichkeit, denn die Wahl der Schulart oder des Berufs wird in vielen Fällen tatsächlich nicht vom Kinde selbst, sondern von seinen Eltern getroffen.[3]

2. Das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts bei Sorgerechtsmißbrauch

In Anbetracht dieser weitgehenden Abhängigkeit des jungen Menschen vom Willen seiner gesetzlichen Vertreter kommt es in dem für das weitere Leben so bedeutsamen Bereich der Berufsfreiheit in besonderem Maße darauf an, daß das Vormundschaftsgericht in Fällen des Sorgerechtsmißbrauchs gemäß § 1666 bzw. §§ 1837, 1886 BGB einschreitet, um dem Freiheitsrecht des Minderjährigen Geltung zu verschaffen.
Obwohl die Entscheidung der Frage, ob die vom Richter festgestellte, begründete Ablehnung des elterlichen Berufswunsches einen Eingriff in die elterlichen Befugnisse rechtfertigt, nicht immer leicht zu treffen ist, ist die Rechtsprechung in der Regel streng in ihren Anforderungen an die Sorgeberechtigten.[4] So erachtete z.B. das OLG Rostock[5] sogar in den Tagen der allgemeinen Begeisterung für das Militär zu Beginn des Ersten Weltkriegs eine Verlängerung des Wehrdienstes für weniger wertvoll als den Einblick in einen anderen Beruf. Als nämlich ein Vater seinem Sohn die Einwilligung zu dem verkürzten Dienst als Einjährig-Freiwilliger verweigerte, billigte es die daraufhin vom Vormundschaftsgericht ausgesprochene Beschränkung des Vaters in seinem Sorgerecht mit der Begründung, daß der Sohn durch die Weigerung des Vaters der Ausbildung für einen seiner Bildung entsprechenden Beruf länger als nötig entzogen und somit in seinem Fortkommen geschädigt werde. In einem anderen Fall betrachtete es das BayObLG[6]

---

1) OLG Hamm - Beschl. v. 22.11.62 - JMBl.NRW 1963, 43.
2) So Schnitzerling: RdJ 1964, 262 (264) und RdJ 1966, 164 f.
3) Schelsky (Die skeptische Generation, S. 241) weist darauf hin, daß die Berufswahl in den meisten Fällen noch "ein echt familiärer Akt" sei, obwohl die Selbstachtung der Jugendlichen die elterliche Mitwirkung oft nicht wahrhaben wolle.
4) Vgl. Hirsch: Entzug und Beschränkung des elterlichen Sorgerechts, S. 11.
5) OLG Rostock - Beschl. v. 26.8.14 - OLG-Rspr. Bd. 30 (1915), S. 139.
6) BayObLGZ Bd. 33 (1933), S. 254.

als einen Mißbrauch des Personensorgerechts, als der Vater ein Dienstverhältnis des Kindes aus eigennützigen Beweggründen lösen wollte. In der Rechtsprechung wird inzwischen allgemein anerkannt, daß eine mißbräuchliche Ausübung des Sorgerechts hinsichtlich der Berufswahl jedenfalls dann vorliegt, wenn die Eltern das Kind von der Ausbildung zu einem Beruf fernhalten, zu dem das Kind Neigung und Eignung besitzt, und es in einen anderen, dem Kinde mißliebigen Beruf hineinzwingen wollen. [1)]

3. Vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen, welche die Schul- und Berufswahl betreffen

Da immer noch sehr viele Eltern eine aufwendige Berufsausbildung ihrer Töchter im Hinblick auf eine spätere Heirat nicht für erforderlich halten, sind vor allem bei Mädchen die Fälle einer "Berufsnötigung" nicht gerade selten.

a) Ein instruktives Beispiel liefert der vom OLG Schleswig durch Beschluß vom 19.8.1957[2)] entschiedene Fall:

> Ein Mädchen, das von seinen Lehrern außerordentlich günstig beurteilt und wegen seiner Gewissenhaftigkeit, Zielstrebigkeit, Ausdauer und Zuverlässigkeit sehr gelobt wurde, sollte auf Wunsch des Vaters nach erfolgreichem Besuch der Untersekunda von der Oberschule abgemeldet werden, um eine praktische Berufsausbildung zu durchlaufen. Es war jedoch der ausdrückliche Wunsch des Mädchens, die Oberschule bis zum Abitur zu besuchen. Auch der Schulleiter setzte sich nachdrücklich für sein weiteres Verbleiben in der Schule ein.
> Das Mädchen wandte sich nun an das Vormundschaftsgericht mit der Bitte, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um ihm den Weg zum Abitur auch gegen den Willen des Vaters zu eröffnen. Nach wiederholten Erörterungen der Angelegenheit mit dem Vater, bei welchen sich dieser nicht umstimmen ließ, entzog das Vormundschaftsgericht dem Vater das gesamte Personensorgerecht für seine Tochter und bestellte einen Pfleger.
>
> Der Vater legte gegen diesen Beschluß des Vormundschaftsgerichts Beschwerde ein. Daraufhin änderte das Landgericht die Entscheidung des

---

1) Vgl. KG - Beschluß v. 5.11.26 - JR 1927, 206 (Nr. 371); LG Kassel - Beschl. v. 30.6.70 - FamRZ 1970, 597; Dronsch JZ 1962, 349; Hirsch: Entzug und Beschränkung des elterlichen Sorgerechts, S. 11 f.

2) OLG Schleswig - Beschl. v. 19.8.57 - SchlHAnz. 1957, 280 = RdJ 1958, 29.

Vormundschaftsgerichts in der Weise ab, daß es dem Vater statt des ganzen Personensorgerechts lediglich das Recht zur Bestimmung des Schulbesuches und des Aufenthaltes entzog. Das LG vertrat dabei die Ansicht, daß der Vater sein Sorgerecht mißbrauche, weil er ohne billigenswerten Grund seinem Kinde entgegen den von diesem geäußerten dringenden Wunsch und auch entgegen der nachdrücklichen Bitte der Schule die Fortsetzung des Schulbesuchs verweigerte. Es sei als eine Gefährdung des geistigen Wohls des Kindes anzusehen, wenn ihm die Möglichkeit genommen werde, eine seiner Begabung entsprechende Schulausbildung zu erhalten und einen seinen Anlagen, Fähigkeiten und Neigungen entsprechenden Beruf zu wählen.

Gegen diesen Beschluß wandte sich der Vater mit der weiteren Beschwerde, die den Erfolg hatte, daß das OLG sowohl den Beschluß des LG als auch den Beschluß des AG wieder aufhob. In seiner Begründung führte das OLG Schleswig aus:

"Die Entscheidung der Eltern über die Schulausbildung, die ein Kind genießen soll, ist Ausfluß und Bestandteil des Erziehungsrechts. Sie liegt wie jede Erziehungsmaßnahme weitgehend im Ermessen des Erziehungsberechtigten, der bei der Ausübung seines Ermessens das wohlverstandene Interesse des Kindes aber auch alle anderen Gesichtspunkte in Betracht zu ziehen hat, die für die Entschließung bedeutsam sind. Innerhalb dieser Grenzen ist er in seiner Entscheidung grundsätzlich frei. Daraus folgt, daß ein Mißbrauch des Sorgerechts im Sinne des § 1666 BGB auf dem Gebiete der Schulwahl nur unter ganz besonderen Umständen angenommen werden kann. ... Es muß sich immer um ein schwerwiegendes Versagen des Sorgeberechtigten handeln; nur wenn seine Entscheidung willkürlich, böswillig oder doch so unverständig ist, daß sie sich in keiner Weise rechtfertigen läßt, kann sie als mißbräuchlich angesehen werden. Davon kann aber noch nicht die Rede sein, wenn ein Vater darauf besteht, daß seine Tochter von der höheren Schule mit der mittleren Reife abgeht und in das Berufsleben tritt, zumal, wenn er ihr die Wahl eines Berufes nach Maßgabe der erlangten Schulbildung freistellt ..."[1)]

b) Der Verlauf dieses Verfahrens zeigt die ganze Problematik der Einwirkung von Grundrechten auf das Kindschaftsrecht über die Mißbrauchklausel des § 1666 BGB. Während das Vormundschaftsgericht und das Landgericht dem Freiheitsrecht der Minderjährigen zum Durchbruch verhelfen wollten, stützt sich die vom OLG Schleswig gegebene Begründung ausschließlich auf das Erziehungsrecht der Eltern und dessen Schutz vor ungerechtfertigten staatlichen Eingriffen. Dabei wird das OLG den Interessen des Mädchens am Schutz seiner verfassungsrechtlich gewähr-

1) So OLG Schleswig - Beschl. v. 19.8.57 - SchlHAnz. 1957, 281.

leisteten Berufsfreiheit nicht gerecht, weil es den Begriff des Sorgerechtsmißbrauchs zu eng gefaßt hat. Es beruht auf einer Überbewertung des elterlichen Erziehungsrechts unter gleichzeitiger Vernachlässigung des Grundrechts der Minderjährigen, wenn das Gericht eine elterliche Entscheidung über die Schul- oder Berufsausbildung erst dann als einen Mißbrauch des Sorgerechts im Sinne von § 1666 BGB ansehen will, "wenn sie willkürlich, böswillig oder doch so unverständig ist, daß sie sich in keiner Weise rechtfertigen läßt". Vor allem stellt das Gericht dabei eine Reihe von rein subjektiven Kriterien auf, deren Nachweis in der Regel schwer zu führen sein wird. Eine an Art. 6 II 2 u. III und an den Freiheitsrechten des Grundgesetzes orientierte Interpretation von § 1666 BGB, die den Schutz des Minderjährigen sicherstellen soll, muß aber auf die objektive Verletzung von grundrechtlich geschützten Interessen des jungen Menschen abstellen, insbesondere auf die tatsächliche Gefährdung des leiblichen oder geistigen Wohls des Kindes. Daher hätte im vorliegenden Falle die vom Landgericht getroffene Beschwerdeentscheidung den Vorzug verdient.

4. Der Einfluß der Unterhaltspflicht auf die Berufsfreiheit des Minderjährigen

Da viele Berufsziele, insbesondere die akademischen Berufe, nur unter erheblichen finanziellen Aufwendungen und Opfern zu erreichen sind, spielt der Umfang der elterlichen Verpflichtung zur Unterhaltsleistung für die Berufswahl des Minderjährigen eine entscheidende Rolle. Deshalb läßt sich neben § 1666 BGB auch an der Vorschrift über die Verpflichtung zur Leistung eines "angemessenen Unterhalts" (§ 1610 BGB) zeigen, wie die Grund- und Freiheitsrechte mittelbar über die ausfüllungsbedürftigen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe auf das bürgerliche Recht einwirken und dabei zu einem Wandel in der Auslegung führen können.

a) Der "angemessene Unterhalt" als begabungsgemäßer Unterhalt

In den meisten Familien herrscht heutzutage glücklicherweise ein solcher Aufstiegswille, daß die Eltern auch dazu bereit sind, für die Ausbildung ihrer Kinder finanzielle Opfer zu bringen.[1)]
Für das Recht, dessen Aufgabe die Lösung sozialer Konflikte ist, kommt es aber gerade darauf an, welchen Umfang der gesetzliche Unterhaltsanspruch hat. Dies hängt wiederum davon ab, wie der Begriff des "angemessenen" Unterhalts zu interpretieren ist. Insbesondere stellt sich das Problem, ob zu den Kosten der Erziehung und der Vorbildung zu einem Berufe im Sinne von § 1610 II BGB auch die Aufwendungen für ein Hochschulstudium zu rechnen sind.

1) Becker: RdJ 1966, 176.

Die Bewertung der zur Beantwortung dieser Frage bedeutsamen Umstände hat sich in den Jahrzehnten seit der Entstehung des BGB erheblich verändert. Dies ist sicherlich nicht nur auf das soziologische Faktum des Verblassens der Standesunterschiede zurückzuführen, sondern auch auf die immer stärkere Betonung des Wertes der Einzelpersönlichkeit, wie sie nicht zuletzt auch im ersten Abschnitt des Bonner Grundgesetzes ihren Niederschlag gefunden hat. Während früher für die Art der Ausbildung neben den Anlagen des Kindes die gesellschaftliche Stellung, die Vermögensverhältnisse der Familie von besonderer Bedeutung waren,[1] kann heute auf den Stand der Eltern überhaupt nicht mehr, auf die Vermögensverhältnisse der Familie eines Berechtigten nur noch in beschränktem Maße abgestellt werden.[2] "Damit werden die Befähigung, Begabung und charakterliche Eignung für einen Beruf zum fast ausschließlich bedeutsamen Faktor für die Art der Vorbildung, für welche die Kosten zum Lebensbedarf gehören".[3] Das bedeutet, daß bei einem entsprechend begabten Kinde - unabhängig von der sozialen Position seiner Eltern - auch die Kosten für ein Hochschulstudium zum angemessenen Unterhalt gehören.[4] Die Berücksichtigung des den Grundrechtsteil unserer Verfassung beherrschenden Wertes der freien Entfaltung der Persönlichkeit bei der Auslegung und Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe des bürgerlichen Rechts hat zur Folge, daß der in § 1610 BGB enthaltene Begriff des "angemessenen Unterhalts" hinsichtlich der Ausbildungskosten für einen Minderjährigen nur im Sinne von "begabungsgemäßem Unterhalt" verstanden werden kann.[5] Denn das Grundrecht der Berufsfreiheit ist eine besonders wichtige Konkretisierung des Prinzips der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG). Wenn mit diesem Verfassungsgrundsatz und der aus ihm entspringenden Grundrechtsnorm innerhalb unseres Kindschaftsrechts Ernst gemacht werden soll, dann kann sich der Anspruch des erziehungsbedürftigen jungen Menschen nicht lediglich auf irgend eine Berufsausbildung richten, die ihm später einfach den Lebensunterhalt ermöglicht, sondern auf eine "angemessene", d.h. bei gegebener Leistungsfähigkeit des Verpflichteten (vgl. § 1603 BGB) in erster Linie begabungsentsprechende Berufsausbildung.[6]

---

1) Vgl. z.B. OLG Karlsruhe - Urt. v. 13.7.07 - Recht 1908 Nr. 776; RG - Urt. v. 11.11.09 - Recht 1909 Nr. 3790.

2) Staudinger/Gotthardt: Rdnr. 17 zu § 1610 BGB; siehe auch Kübler: JZ 1966, 737 f.

3) So Staudinger/Gotthardt: Rdnr. 17 zu § 1610 BGB.

4) Dronsch: JZ 1962, 347.

5) Dronsch: JZ 1962, 348.

6) Becker: RdJ 1966, 176.

b) Zumutbare Unterhaltslast und öffentliche Ausbildungsförderung

Trotz der gewandelten Rechtsanschauung, wonach die Unterhaltspflicht auch die Erfüllung des Anspruchs auf begabungsgemäße Ausbildung umfaßt, besteht der bürgerlich-rechtliche Ausbildungsanspruch des minderjährigen Kindes nur, soweit die Eltern bei Berücksichtigung ihrer sonstigen Verpflichtungen imstande sind, ohne Gefährdung ihres angemessenen Unterhalts die Kosten der Ausbildung aufzubringen (vgl. § 1603 I BGB). Ein Sozialstaat (vgl. Art. 20 I GG) steht jedoch in diesem Bereich vor der Aufgabe, eine echte berufliche Chancengleichheit zu verwirklichen, die es allen jungen Menschen ermöglicht, von dem Grundrecht der Berufsfreiheit Gebrauch zu machen. Dem Recht auf berufliche Ausbildung, das in den meisten Landesverfassungen[1] sowie in Art. 10 der Europäischen Sozialcharta[2] zum Ausdruck gekommen ist, kann der Staat nicht allein dadurch genügen, daß er Ausbildungsstätten bereitstellt. Der auf die zumutbare Unterhaltslast begrenzte bürgerlich-rechtliche Ausbildungsanspruch bedarf vielmehr der Ergänzung durch eine allgemeine öffentliche Ausbildungsförderung;[3] denn der Bildungsanspruch des Kindes richtet sich gegen Eltern und Staat in gleicher Weise.

Die bisher geleisteten Hilfen der öffentlichen Hand bei der Studien- und Ausbildungsförderung, wie sie z.B. nach § 302 LAG, § 27 I BVG, § 31 II BSHG und durch die verschiedenen Formen der Begabtenförderung[4] gewährt werden, erstrecken sich immer nur auf einen begrenzten Kreis. Erst durch das Erste Gesetz über individuelle Förderung der Ausbildung (Ausbildungsförderungsgesetz) vom 19.9.1969 (BGBl. I S. 1719 ff) wird nunmehr in umfassender Weise versucht, allen Kindern aus weniger begüterten Familien den Weg zu einer qualifizierten Ausbildung freizugeben. Das neue Gesetz erfaßt zunächst die Schüler an den weiterbildenden Schulen von der 11. Klasse an und die Schüler an den berufsbildenden Schulen, wobei es an die schlichte Eignung anknüpft. Das Ausbildungsförderungsgesetz stellt für die Gewährung der Leistungen wiederum auf das bürgerliche Unterhaltsrecht ab, indem es davon ausgeht, daß die Eltern (bzw. der Ehegatte) Beiträge zu den Kosten der Ausbildung leisten, soweit ihr Einkommen und Vermögen bestimmte Freibeträge übersteigt.

---

1) Vgl. Art. 11 I BaWüVerf; Art. 128 BV; Art. 27 I BremVerf; Art. 6 I NRWVerf; Art. 31 RhPfVerf; Das Recht auf Ausbildung wird von der Rspr. allerdings nicht als subjektives Recht, sondern nur als Programmsatz verstanden, vgl. BayVerfGHE 13, 141 (146); Philipp: FamRZ 1969, 14 f.

2) Europ. Sozialcharta v. 18.10.1961 (BGBl. 1964 II S. 1262).

3) Vgl. dazu Blanke: Ausbildungsförderung und Unterhaltsrecht, FamRZ 1969, 394 ff.

4) Vgl. z.B. Bayer. Begabtenförderungsgesetz v. 12.7.1966 (GVBl. S. 230).

Durch das Ausbildungsförderungsgesetz wurden neben der Studienförderung nach dem Honnefer Modell sowie der Förderung der beruflichen Bildung nach dem Arbeitsförderungsgesetz (§§ 33 ff AFG) für die jungen Menschen die materiellen Voraussetzungen geschaffen, um jede ihrer Eignung und Neigung entsprechende Ausbildung wählen zu können.

III. Art. 16 I GG: Die Entscheidung über die Staatsangehörigkeit minderjähriger Deutscher

Die in Art. 16 I GG enthaltenen Grundrechtsverbürgerungen gewähren Abwehrrechte gegen die Entziehung und den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit. Art. 16 I 1 GG verbietet die Ausbürgerung, also die einseitige Wegnahme der deutschen Staatsangehörigkeit durch hoheitlichen Einzelakt oder Maßnahmegesetz.[1] Nach Art. 16 I 2 GG darf der Verlust der Staatsangehörigkeit nur auf Grund eines Gesetzes und gegen den Willen des Betroffenen nur dann eintreten, wenn der Betroffene dadurch nicht staatenlos wird.

1. Inhaberschaft und Fremdwahrnehmung

Da die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem Grundsatz des "ius sanguinis" regelmäßig durch Geburt erworben wird (vgl. §§ 3 Nr. 1; 4 I RuStAG), stehen auch die in Art. 16 I GG garantierten Grundrechte jedem minderjährigen Deutschen von Geburt an aktuell zu.
Die Ausübung dieser Grundrechte liegt jedoch grundsätzlich bis zum Erreichen des Volljährigkeitsalters in den Händen der gesetzlichen Vertreter. Ebenso wie das Recht der Aufenthaltsbestimmung bildet auch die Entscheidung über die Staatsangehörigkeit des Minderjährigen eine Voraussetzung für die praktische Ausübung der Aufsichts- und Erziehungsbefugnisse (Art. 6 II GG); denn diese wird durch die staatsbürgerliche Familieneinheit zumindest erleichtert. Die Durchführung der Erziehung wäre in Frage gestellt, wenn der Jugendliche selbständig über seine Staatsangehörigkeit entscheiden und sich auf diese Weise vorzeitig der elterlichen Gewalt entziehen könnte. Nach unserem Internationalen Privatrecht bestimmt sich zwar das Rechtsverhältnis der elterlichen Gewalt nach den deutschen Gesetzen, wenn der Vater und - falls der Vater verstorben ist - die Mutter die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt (Art. 19 EG BGB). Die elterliche Gewalt erlischt jedoch regelmäßig durch den Eintritt der Volljährigkeit und diese wird ge-

1) Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 9 zu Art. 16 GG.

mäß Art. 7 I EG BGB nach den Gesetzen des Staates beurteilt, welchem das Kind angehört. [1] Da die Durchführung einer sachgerechten Erziehung für den Minderjährigen wichtiger ist als die selbständige Entscheidung über die Staatsangehörigkeit, muß man auch im Bereich der in Art. 16 I GG gewährleisteten Grundrechte grundsätzlich von der Fremdbestimmung bis zum Eintritt der Volljährigkeit ausgehen.

2. Die Teilmündigkeit nach den beiden Staatsangehörigkeits-Regelungsgesetzen als Ausnahmefall

Die beiden Gesetze zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit vom 22. Febr. 1955 (BGBl. I S. 65) und vom 17. Mai 1956 (BGBl. I S. 431) haben in ihren Bestimmungen die Mündigkeit auf die Vollendung des 18. Lebensjahres vorverlegt (§ 14 des 1. StAngRegG und § 9 des 2. StAngRegG). Sie regeln die Staatsangehörigkeit deutscher Volkszugehöriger aus den Staaten Mittel- und Osteuropas, denen im Zuge der nationalsozialistischen Expansionspolitik die deutsche Staatsangehörigkeit verliehen worden war. Diese Gesetze beziehen sich auf spezielle Fragen, welche im Zusammenhang mit den Ereignissen des Zweiten Weltkrieges aufgetaucht sind. Wegen ihres Ausnahmecharakters läßt sich aus diesen Vorschriften nicht die Folgerung herleiten, der nachkonstitutionelle Gesetzgeber habe infolge der Berücksichtigung der Freiheitsrechte im Minderjährigenrecht die Mündigkeit in Staatsangehörigkeitsangelegenheiten generell vorverlegen wollen. Zwar hat Hildegard Krüger die Behauptung aufgestellt, die beiden Staatsangehörigkeits-Regelungsgesetze ließen die Mündigkeit des Jugendlichen mit Rücksicht auf Art. 16 und 116 sowie im Hinblick auf Art. 2 I GG bereits mit dem vollendeten 18. Lebensjahr eintreten. Aus diesen Bestimmungen sei die allgemeine Norm herzuleiten, daß ein Jugendlicher, der das 18. Lebensjahr vollendet habe, nicht ohne seine Zustimmung die deutsche Staatsangehörigkeit verlieren dürfe. [2] In Wirklichkeit gibt es jedoch keine Anhaltspunkte für eine solche an den Grundrechten des Jugendlichen orientierte Motivation des Gesetzgebers. Eine über die Ausnahmefälle der beiden Staatsangehörigkeits-Regelungsgesetze hinausgehende allgemeine Teilmündigkeit in Bezug auf die Staatsangehörigkeit findet daher weder im Gesetz noch in der Verfassung eine ausreichende Stütze. [3]

---

1) Soergel/Siebert/Kegel: Rdnr. 20 zu Art. 19 EGBGB.

2) Hildegard Krüger: GleichberG, Einl. Rdnr. 286.

3) Schnitzerling: StAZ 1964, 122; Kuhn: Grundrechte und Minderjährigkeit, S. 103; Angerer: Verfassungsrechtl. Stellung des Jugendlichen, S. 32.

3. Der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit durch Minderjährige

Minderjährige können die deutsche Staatsangehörigkeit entweder durch Entlassung oder durch den Erwerb einer fremden Staatsangehörigkeit verlieren (§ 17 Nr. 1 und 2 RuStAG). Bei nichtehelichen Kindern besteht zusätzlich die Möglichkeit des Verlustes durch Legitimation (§ 17 Nr. 5 RuStAG).

a) Die Entlassung eines unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft Stehenden aus der deutschen Staatsangehörigkeit (§ 19 RuStAG)

Nach § 19 I RuStAG kann die Entlassung eines unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft Stehenden aus dem Staatsverband nur von dem gesetzlichen Vertreter und nur mit Genehmigung des deutschen Vormundschaftsgerichts beantragt werden. Bei Eltern ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich, wenn der Vater oder die Mutter die Entlassung für sich und zugleich kraft elterlicher Gewalt für ein Kind beantragt und dem Antragsteller die Personensorge zusteht (§ 19 II 1 RuStAG).
Ein unter Vormundschaft stehender Minderjähriger, der das 14. Lebensjahr vollendet hat, soll allerdings vor der Entscheidung über die Entlassung aus dem Staatsverband vom Vormundschaftsgericht gehört werden (§ 1827 I BGB). Ferner steht jedem Minderjährigen nach Vollendung des 14. Lebensjahres gegen die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts in persönlichen Angelegenheiten ein Beschwerderecht zu (§ 59 FGG).
Nach § 19 RuStAG ist somit bei der Entlassung aus der Staatsangehörigkeit auf Antrag der Wille der gesetzlichen Vertreter maßgebend, während der Wille des Minderjährigen nicht beachtet zu werden braucht. Die Antragsberechtigung liegt ausschließlich beim gesetzlichen Vertreter, so daß ein beschränkt Geschäftsfähiger auch mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters den Entlassungsantrag nicht zu stellen vermag.[1)]
In Anbetracht der Tatsache, daß § 14 des 1. StAngRegG und § 9 des 2. StAngRegG in den von ihnen erfaßten Teilbereichen die Selbstbestimmung mit Vollendung des 18. Lebensjahres eintreten lassen, hält es Schätzel für wenig befriedigend, daß Personen zwischen 18 und 21 Jahren bei verschiedenen Akten aus dem Staatsangehörigkeitsrecht verschieden, teils als volljährig, teils als minderjährig behandelt werden sollen.[2)] Obwohl diese Bedenken rechtspolitisch durchaus begründet sind, ist jedoch de lege lata daran festzuhalten, daß sich der Begriff der Volljährigkeit im Rahmen des § 19 RuStAG nach den allgemeinen Vorschriften des BGB richtet.[3)]

---

1) Lichter/Hoffmann: Rdnr. 3 zu § 19 RuStAG.
2) Schätzel: Anm. 1 zu § 19 RuStAG (S. 199).
3) Lichter/Hoffmann: Rdnr. 3 zu § 19 RuStAG.

Diese Rechtslage ist mit Art. 16 I 2 GG vereinbar, weil in den Fällen des § 19 I RuStAG die gesetzlichen Vertreter bereits zur Stellung des Entlassungsantrags der vorherigen Zustimmung des Vormundschaftsgerichts bedürfen, das seine Entscheidung im wohlverstandenen Interesse des Minderjährigen zu treffen hat. In den Fällen des § 19 II RuStAG treffen die personensorgeberechtigten Eltern die gleiche Entscheidung für sich selbst, so daß nach Ansicht des Gesetzgebers unterstellt werden kann, daß diese Maßnahme auch zum Vorteil des Kindes getroffen wird. [1)]

b) Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit durch den Erwerb einer ausländischen Staatsangehörigkeit (§ 25 RuStAG)

Bei einem Minderjährigen kann der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit auch durch den Erwerb einer fremden Staatsangehörigkeit eintreten, wenn dieser Erwerb auf Antrag des gesetzlichen Vertreters erfolgt (§ 25 I RuStAG). Nach § 25 I in Verb. mit § 19 RuStAG bedarf der gesetzliche Vertreter dazu der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, es sei denn, daß der Vater oder die Mutter den Staatsangehörigkeitserwerb für sich und zugleich - kraft elterlicher Gewalt - für das Kind beantragt und dem Antragsteller die Sorge für die Person des Kindes zusteht.
Die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts ist somit dann erforderlich, wenn dem beantragenden Elternteil nicht die elterliche Gewalt zusteht und wenn Kinder allein eine fremde Staatsangehörigkeit erwerben sollen. [2)] Das gleiche gilt, wenn ein Vormund den Erwerb der fremden Staatsangehörigkeit herbeiführt. Wenn dagegen ein elterlicher Gewalthaber, dem das Sorgerecht für die Person des Kindes zusteht, in Verbindung mit dem Antrag auf seine eigene Einbürgerung in einen ausländischen Staat die Einbürgerung auch auf das Kind erstrecken will, dann verliert das Kind mit dem Erwerb der ausländischen Staatsangehörigkeit die deutsche Staatsangehörigkeit. Diese Rechtsfolge tritt - von dem Fall des § 25 II RuStAG abgesehen - mit dem Erwerb der fremden Staatsangehörigkeit ohne Rücksicht darauf ein, ob nach ausländischem Recht die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters rechtliche Bedeutung für den Erwerb der fremden Staatsangehörigkeit hat. [3)]
Durch den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit infolge Erwerbs einer fremden Staatsangehörigkeit unter den Voraussetzungen des § 25 RuStAG wird die durch Art. 16 I 2 GG garantierte Rechtsposition nicht beeinträchtigt, da ja in diesen Fällen keine Staatenlosigkeit eintritt. [4)]

---

1) So zur Motivation des Gesetzgebers Kühl/Braasch: StAZ 1961, 213.
2) Schätzel: Anm. 5 zu § 25 RuStAG.
3) BVerwG - Beschl. v. 27.6.56 - NJW 1956, 1411.
4) Lichter/Hoffmann: Rdnr. 6 zu Art. 16 GG.

c) Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit durch Legitimation (§ 17 Nr. 5 RuStAG)

Gemäß § 17 Nr. 5 RuStAG ging für ein nichteheliches Kind die deutsche Staatsangehörigkeit verloren "durch eine ... von einem Ausländer bewirkte und nach deutschen Gesetzen wirksame Legitimation". Dieser Verlust trat unabhängig davon ein, ob das Kind die Staatsangehörigkeit des legitimierenden Vaters erwarb, falls dieser überhaupt eine besaß, oder nicht.[1)]
Mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes hat § 17 Nr. 5 RuStAG durch Art. 16 I 2 GG eine wesentliche Einschränkung erfahren. Die Einwirkung der Grundrechtsnorm des Art. 16 I 2 GG auf das Staatsangehörigkeitsrecht hat nunmehr zur Folge, daß der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit nur noch eintritt, wenn der Betroffene dadurch nicht staatenlos wird oder wenn er mit dem Verlust einverstanden ist.[2)] Erwirbt das minderjährige Kind nicht durch die Legitimation eine andere Staatsangehörigkeit, weil der Vater entweder staatenlos ist oder weil nach seinem Heimatrecht mit der Legitimation kein Erwerb seiner Staatsangehörigkeit verbunden ist, so hängt der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit vom Einverständnis des gesetzlichen Vertreters des Kindes ab.[3)] Nach § 1705 n.F. BGB ist regelmäßig die Mutter eines nichtehelichen Kindes als Inhaberin der elterlichen Gewalt auch gesetzliche Vertreterin.[4)] Soweit deren Einverständnis mit dem Eintritt der Staatenlosigkeit wegen der damit verbundenen Nachteile für das Kind als Mißbrauch des Personensorgerechts anzusehen ist, hat das Vormundschaftsgericht gemäß § 1666 I BGB einzuschreiten, um die dem Kinde aus Art. 16 I 2 GG erwachsene Grundrechtsposition zu wahren.

B. GRUNDRECHTE, BEI DENEN TEILMÜNDIGKEITEN VOR ERREICHEN DES VOLLJÄHRIGKEITSALTERS EINTRETEN

Während die Bestimmung von Aufenthalt, Beruf und Staatsangehörigkeit einen so engen Bezug zur Erziehung des jungen Menschen aufweisen, daß sie bis zum Eintritt des Volljährigkeitsalters von dem Minderjährigen nicht gegen den Willen der Personensorgeberechtigten getroffen werden können, erlangt der junge Mensch im Hinblick auf die Disposition über seine körperliche Unversehrtheit

---

1) Makarov: Anm. III 2 zu Art. 16 GG.
2) Lichter/Hoffmann: Rdnr. 6 zu Art. 16 GG.
3) Lichter/Hoffmann: Rdnr. 11 zu § 17 RuStAG.
4) Palandt/Lauterbach: Anm. 2 zu § 1705 BGB.

(Art. 2 II 1 GG) und im Bereich der Koalitionsfreiheit (Art. 9 III GG) bereits vor Erreichen des Volljährigkeitsalters eine partielle Mündigkeit.
Zwar werden auch diese Grundrechte in der Regel durch rechtsgeschäftliche oder geschäftsähnliche Handlungen ausgeübt - sei es durch die Erteilung der Einwilligung zu einem ärztlichen Eingriff, sei es durch die Erklärung des Gewerkschaftsbeitritts - so daß sie auch von den gesetzlichen Vertretern des Minderjährigen wahrgenommen werden können. Das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit weist jedoch keinen Bezug zur Erziehung auf, sondern es bedarf vielmehr der Pflege und des Schutzes. Diese Schutzfunktion entfällt aber, sobald der Jugendliche selbst die nötige Urteils- und Einsichtsfähigkeit hinsichtlich der Bedeutung des körperlichen Eingriffs besitzt. Demgegenüber hat die besondere Koalitionsmündigkeit des Minderjährigen ihren Grund darin, daß sich der junge Arbeitnehmer in einem besonderen Pflichtenkreis außerhalb des Wirkungsbereichs von Eltern und Vormund befindet, wo sein Schutz am Arbeitsplatz nicht mehr von den Sorgeberechtigten, sondern nur durch die Arbeitnehmerorganisation gewährleistet werden kann.
Zur Gruppe der Grundrechte, bei denen der Grundsatz der Ausübung durch gesetzliche Vertreter durch zahlreiche Ausnahmeregelungen durchbrochen ist, welche dem Minderjährigen die selbständige Ausübung zubilligen, gehört ferner der verfahrensrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG).

I. Art. 2 II 1 GG: Die Einwilligung in die ärztliche Behandlung Minderjähriger

Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ist neben dem in Art. 14 I GG gewährleisteten Erbrecht das einzige Grundrecht, das bereits dem partiell grundrechtsfähigen nasciturus aktuell zusteht.[1)]

1. Die Fremdwahrnehmung des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit

Dieser frühe Beginn der Grundrechtsträgerschaft begründet zugleich die Notwendigkeit der Fremdwahrnehmung der körperlichen Interessen des Kindes durch die Sorgeberechtigten. Die Fremdwahrnehmung wird wiederum zumeist bei der von Eltern oder Vormund veranlaßten ärztlichen Behandlung des Kindes aktualisiert; denn die Garantie der körperlichen Unversehrtheit gilt auch gegenüber solchen

1) Vgl. Allg. Teil B III (S. 37 ff).

Eingriffen, die zugleich im Interesse des Betroffenen erfolgen.[1] Ein kleines Kind wäre einfach nicht in der Lage, sich über die Tragweite eines ärztlichen Eingriffs klarzuwerden; es ist außerstande, das Für und Wider abzuwägen und eine sachgemäße Entscheidung zu treffen.
Das Einwilligungsrecht für eine ärztliche Behandlung (von der körperlichen Untersuchung bis zur Operation) steht jedoch den elterlichen Gewalthabern und dem Vormund nicht unbeschränkt zu.[2] Die Fremdwahrnehmung der körperlichen Interessen ist vielmehr von zwei Seiten her begrenzt. Die erste Grenze ergibt sich aus der Kontrollbefugnis des Vormundschaftsgerichts, das verpflichtet ist, gemäß § 1666 BGB bei Mißbrauch des Personensorgerechts gegen die Eltern sowie nach § 1837 BGB gegen pflichtwidriges Verhalten des Vormunds einzuschreiten. Neben dieser Mißbrauchsgrenze der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt während der Fremdbestimmung steht die zeitliche Grenze des Eintritts der Selbstbestimmung des jungen Menschen. Art. 2 II 1 GG beinhaltet nämlich auch das Recht, über die Unversehrtheit des Körpers selbst zu verfügen. Das bedeutet, daß niemand gegen seinen Willen zu einer Heilbehandlung gezwungen werden darf, sofern nicht ein Gesetz zulässigerweise (vgl. Art. 2 II 3 GG) etwas anderes bestimmt.[3] Dem Willen des Kindes kann zwar keine rechtliche Bedeutung zukommen, solange es zu einer vernünftigen Selbstbestimmung noch nicht fähig ist. Die Fremdbestimmung durch die Personensorgeberechtigten ist jedoch nicht mehr gerechtfertigt, sobald der junge Mensch selbst nach seinem geistigen Entwicklungsstand die Bedeutung und die Tragweite eines ärztlichen Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen vermag.

2. Die mißbräuchliche Ausübung des körperlichen Sorgerechts durch die gesetzlichen Vertreter

Nach § 1666 bzw. § 1837 BGB kann das Vormundschaftsgericht sowohl bei pflichtwidriger Einwilligung, als auch bei pflichtwidriger Verweigerung der Einwilligung in eine ärztliche Behandlung des noch nicht einsichtsfähigen Kindes eingreifen, um dem Grundrecht des Kindes Geltung zu verschaffen. In solchen Mißbrauchsfällen kann den Eltern oder dem Vormund das Entscheidungsrecht auf diesem Teilgebiet der Personensorge entzogen und auf einen gemäß § 1909 BGB zu bestellen-

1) Hamann/Lenz: Anm. B 9 zu Art. 2 GG.
2) Baumann: Unterbringungsrecht, S. 169.
3) Hamann/Lenz: Anm. B 9 zu Art. 2 GG.

den Pfleger übertragen werden.[1] Freilich wird man eine Rechtspflicht der Sorgeberechtigten zur Erteilung der Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff nur dann annehmen dürfen, wenn die Behandlung entweder gefahrlos ist und eine Besserung verspricht oder wenn der Eingriff dringend erforderlich ist, um das Kind vor dem Tode oder einem dauernden schweren Gesundheitsschaden zu bewahren.

a) Die Pflicht zur Einwilligung in eine zweckdienliche und gefahrlose Behandlung

Das KG ist davon ausgegangen, "daß die Zustimmung nur zu einer nach dem Gutachten von Sachverständigen zweckdienlichen und gefahrlosen, d.h. zu einer aussichtsvollen und nach dem Stande der ärztlichen Wissenschaft weder mit Lebensgefahr noch mit dauernder Schädigung des Körpers verbundenen Operation verlangt werden kann".[2] Wenn eine ärztliche Behandlung im Interesse des Kindes notwendig ist und aller Voraussicht nach keine Gefahr mit sich bringt, kann dies das Ermessen der Personensorgeberechtigten so weit reduzieren, daß eine Pflicht zur Erteilung der Einwilligung besteht. Zum Inhalt der Erziehungsgewalt gehört auch die körperliche Pflege und Ausbildung des Kindes, um es zu einem bestimmten Lebensberuf zu befähigen.[3] Daraus ergibt sich für Eltern und Vormund die Verpflichtung, eine drohende Herabsetzung der Erwerbsfähigkeit des Kindes zu verhindern und die Heilung einer Krankheit, die dies zur Folge haben kann, zu bewirken.[4] So hat z.B. im Falle eines Kindes, das an einer rechtsseitigen Hüftgelenksverrenkung litt und bei dem eine möglichst frühzeitige Behandlung notwendig war, wenn sich das Leiden nicht verschlimmern und Leistungsfähigkeit und Fortkommen des Kindes erheblich behindern sollte, das LG Halle entschieden: "Die Verweigerung der elterlichen Einwilligung zu einer Operation, die nach dem Gutachten maßgeblicher Kliniken zur Verhütung der Verschlimmerung eines schweren Leidens und der Behinderung des Fortkommens des Kindes erforderlich ist, bedeutet einen Mißbrauch des Personensorgerechts und muß zur Entziehung desselben führen".[5]

---

1) Vgl. KG - Beschl. v. 12.6.14 - KGJ 46 (1914), 45 ff; KG - Beschl. v. 3.5.35 - JFG 13 (1936), 33 ff; LG Halle - Beschl. v. 15.7.39 - DR 1940, 118; OLG Hamm - Urt. v. 10.10.67 - FamRZ 1968, 221 ff. mit Stellungnahme von Ulsenheimer, FamRZ 1968, 568 (572).

2) So KG - Beschl. v. 12.6.14 - KGJ 46 (1914), 45 (50); ebenso LG Tübingen - Beschl. v. 3.2.67 - DAVorm 1967, 88.

3) Vgl. Motive Bd. IV, S. 750.

4) So KG - Beschl. v. 12.6.14 - KGJ 46 (1914), 45 (50); vgl. auch RGSt 36, 80; Kuhnke: JW 1934, 524 (527).

5) LG Halle - Beschl. v. 15.7.39 - DR 1940, 118.

b) Die Pflicht zur Einwilligung bei Lebensgefahr

In den Fällen, wo der Erfolg einer Operation zweifelhaft ist, kann man eine Pflicht der Sorgeberechtigten zur Erteilung der Einwilligung nur unter ganz besonderen Voraussetzungen annehmen. Diese liegen dann vor, wenn der Eingriff dringend erforderlich ist, um das Kind vor dem Tode oder einem dauernden schweren Gesundheitsschaden zu bewahren.
In einem Fall, mit dem sich der 3. Strafsenat des OLG Hamm[1] zu befassen hatte, war ein Vater von den Instanzgerichten sogar wegen unterlassener Hilfeleistung (§ 330 c StGB) verurteilt worden, weil er als "Zeuge Jehovas" aus Gewissensgründen die Zustimmung zu einem dringend erforderlichen Blutaustausch bei seinem Kinde verweigert hatte. Dabei hat sich das Gericht auf den Standpunkt gestellt, daß bei unmittelbarer Lebensgefahr auch die durch Art. 4 I GG geschützte religiöse Überzeugung hinter der Pflicht, das Leben oder die Gesundheit des eigenen Kindes zu retten, zurücktreten müsse. Da der Fall zugleich verdeutlicht, wie dem Grundrecht des Kindes auf Leben und körperliche Unversehrtheit durch Einschaltung des Vormundschaftsgerichts auch in kritischen Situationen Geltung verschafft werden kann, soll der zugrundeliegende Sachverhalt hier kurz dargestellt werden:

> Das neugeborene Kind des Angeklagten litt an einer sog. Erythroblastose, einer schweren, durch den Zerfall der roten Blutkörperchen hervorgerufenen Gelbsucht. Auf Anraten seines Hausarztes lieferte der angeklagte Vater sein Kind drei Tage nach der Geburt gegen 11 Uhr morgens in die Kinderklinik ein und gab dort seine Zustimmung zur Vornahme aller vom ärztlichen Standpunkt aus gebotenen Maßnahmen, mit Ausnahme einer etwa erforderlich werdenden Blut-Transfusion, die er als Angehöriger der Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehovas aus religiöser Überzeugung ablehnte.
> Als sich der Zustand im Laufe des Tages so sehr verschlechterte, daß Lebensgefahr bestand und nur noch eine Blutaustausch-Transfusion Rettung bringen konnte, forderte der Chefarzt des Krankenhauses um 17 Uhr den Vater auf, sein Einverständnis hierzu zu erteilen. Der Vater versagte jedoch wiederum die verlangte Einwilligung. Daraufhin unterrichtete der Chefarzt den zuständigen Vormundschaftsrichter über die Situation. Nach seinem Eintreffen in der Klinik gegen 18.30 Uhr versuchte der Vormundschaftsrichter zunächst eindringlich den Vater doch noch zur Abgabe seiner Einverständniserklärung zu bewegen. Als er hiermit jedoch keinen Erfolg hatte, entzog er ihm und der zu diesem Zeitpunkt nicht im Krankenhaus befindlichen Mutter des Kindes das Personensorgerecht und bestellte

---

1) OLG Hamm - Urt. v. 10.10.67 - NJW 1968, 212 ff = FamRZ 1968, 221 ff.

den Chefarzt zum Sorgerechtspfleger für das Kind. Durch die mit Zustimmung des Pflegers sofort vorgenommene Blutaustausch-Transfusion konnte das Kind gerettet werden. Daraufhin wurde den Eltern das Personensorgerecht wieder übertragen.

Im äußersten Fall muß der Arzt auch als berechtigt - wenn auch nicht verpflichtet - angesehen werden, eine unbedingt notwendige Operation an einem Kinde gegen den Willen der Eltern vorzunehmen, wenn die Zeit nicht mehr ausreicht, um das Vormundschaftsgericht einzuschalten. Leben und Gesundheit des Kindes gehen der Entscheidungsfreiheit des uneinsichtigen Sorgeberechtigten vor, so daß das Verhalten des Arztes durch den Rechtfertigungsgrund des übergesetzlichen Notstands gedeckt wäre.[1)] Schließlich braucht sich der Arzt in ganz bestimmten Eilfällen um keine Zustimmung zu bemühen, wenn zur Einholung der Einwilligung ein Aufschub der Behandlung nötig wäre, der einen schweren Gesundheitsschaden oder gar den Tod zur Folge hätte.[2)] Das ist insbesondere dann der Fall, wenn eine sofortige Operation an einem Kinde notwendig ist und seine Eltern nicht erreichbar sind.

3. Die Teilmündigkeit des jungen Menschen hinsichtlich der Bestimmung über seine körperliche Integrität

Neben der Grenze des Mißbrauchs der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt finden die Befugnisse der Personensorgeberechtigten zur Wahrnehmung der körperlichen Interessen des Kindes eine zeitliche Grenze durch den Eintritt der Grundrechtsmündigkeit des jungen Menschen in diesem Bereich.

a) Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zur Operationseinwilligung Minderjähriger

Der BGH hat die Einwilligung eines Minderjährigen zu einem Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit durch ärztliche Operation für rechtswirksam erklärt, wenn der Minderjährige nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen vermag, und die erforderliche Aufklärung durch den Arzt erhalten hat. In diesem Urteil vom 5. Dez. 1958[3)] hatte sich der BGH mit der Klage eines jungen Mannes zu be-

---

1) Jescheck: Lehrb. d. Strafrechts, S. 251 (Fn. 26); Grünwald: Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht, in: Arzt und Recht (Sammelband), S. 134.

2) Kohlhaas: Dt. med. WSchr. 1965, 47.

3) BGHZ 29, 33 ff = FamRZ 1959, 200 ff mit krit. Anm. von Bosch.

fassen, der nach einer nicht ganz geglückten Schilddrüsenoperation dauernd unter einer Stimmbandnervenlähmung und starken Atembeschwerden litt und jetzt von dem Arzt, der die Operation durchgeführt hatte, Schadenersatz wegen rechtswidriger Körperverletzung verlangte. Der damals 20 3/4 Jahre alte Patient hatte dem Eingriff zugestimmt, während die Einwilligung seiner in der DDR lebenden Eltern nicht eingeholt worden war. Die Entscheidung hing davon ab, ob der Minderjährige selbst in die Operation wirksam einwilligen konnte. Der erkennende Senat brach mit der Rechtsprechung des RG,[1] daß es sich bei der Einwilligung zu einem Eingriff in die körperliche Integrität um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung handele. Auch eine analoge Anwendung der §§ 107 ff BGB lehnte er ab. Er räumte zwar ein, daß sich eine Rechtsähnlichkeit daraus ergäbe, daß es sich um eine Willensäußerung handele, die bedeutsame Rechtsfolgen nach sich ziehen könne. Der Schutzzweck der §§ 107 ff BGB verlange jedoch, daß der Minderjährige überhaupt schutzbedürftig sei. Der Minderjährige könne aber eines besonderen gesetzlichen Schutzes entraten, "wenn er nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen vermag".[2]

Ebenso hat das OLG München, als es sich mit der Klage eines zum maßgebenden Zeitpunkt noch nicht ganz 19 Jahre alten Patienten zu befassen hatte, entschieden, daß der Minderjährige seine Einwilligung zu einer Operation rechtswirksam erteilen könne, falls er die nötige Urteils- und Einsichtsfähigkeit hinsichtlich der Bedeutung des körperlichen Eingriffs besitze und die erforderliche Aufklärung hierüber erhalten habe.[3]

b) Die Selbstbestimmung des einsichtsfähigen Minderjährigen über das höchstpersönliche Rechtsgut der körperlichen Integrität als Gebot des Art. 2 II 1 G

Aus dem Urteil des BGH vom 5. Dezember 1958[4] ergibt sich, daß das Gericht bei seiner Entscheidung von dem Grundsatz ausgegangen ist, daß dem einsichtsfähigen Minderjährigen das Bestimmungsrecht über seine höchstpersönlichen Rechtsgüter zusteht. Damit wird der Einwirkung der Grundrechte unserer Verfassung auf das Kindschaftsrecht Rechnung getragen. Denn soweit die Grundrechte Freiheiten gewährleisten, lassen sie es geboten erscheinen, daß in den von ihnen

---

1) RG - Urt. v. 30.6.11 - JW 1911, 748; RGZ 68, 431; 168, 206.

2) So BGHZ 29, 33 (36).

3) OLG München - Urt. v. 7.12.56 - NJW 1958, 633; vgl. auch OLG Celle - Beschl. v. 2.10.59 - MDR 1960, 136; LG Tübingen - Beschl. v. 3.2.67 - DAVorm 1967, 88; ebenso schon seit langem die strafrechtliche Judikatur, vgl. RGSt 41, 392; 71, 349; 75, 180; BGHSt 5, 363; 8, 357.

4) BGHZ 29, 33.

garantierten Freiheitsbereichen Selbstbestimmung und nicht Fremdbestimmung herrscht, sobald der Grundrechtsträger keiner Fürsorge und keiner Erziehung mehr bedarf.

Auch das Urteil des OLG München basiert auf dem Gebot der Verfassung, ein urteilsfähiger Mensch solle seine Persönlichkeit frei entfalten und alle Rechte selbständig ausüben können, die ihm um seiner Persönlichkeit willen zustehen. Das Gericht hat gerade im Hinblick auf das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) ausdrücklich betont: "Die besondere Bedeutung dieses Rechts des jungen Menschen, über die Unversehrtheit seiner Persönlichkeit nach Möglichkeit selbst zu wachen und zu bestimmen, rechtfertigt, ja gebietet eben dessen Herausnahme aus dem im BGB für die Willenserklärungen Minderjähriger geschaffenen Rechtssystem". [1)]

Das Recht des jungen Menschen, über das höchstpersönliche Rechtsgut seiner körperlichen Integrität auch vor Eintritt der Volljährigkeit selbst zu bestimmen, sobald er die nötige Urteils- und Einsichtsfähigkeit erlangt hat, findet somit seine Grundlage in Art. 2 II 1 GG; denn dieses Grundrecht gewährleistet auch die Befugnis, über die Unversehrtheit des Körpers selbst zu verfügen. [2)]

c) Die Rechtsprechung zur Operationseinwilligung Minderjähriger als gesetzesergänzende Rechtsfortbildung

Bei der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Operationseinwilligung Minderjähriger, durch die eine Teilmündigkeit aus der Einwirkung des Art. 2 II 1 GG auf das Kindschaftsrecht begründet wurde, handelt es sich um ein Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung. [3)]

Hiergegen ist der Einwand erhoben worden, daß eine Rechtsfortbildung in diesem Falle nach dem gegenwärtigen Stand der Methodenlehre nicht zulässig sei Da keine Gesetzeslücke vorliege, sondern der Richter an die Bestimmung des § 1626 BGB gebunden sei, handele es sich um eine unzulässige Entscheidung contra legem. [4)] Es sei nicht möglich, auf diesem Gebiet de lege lata eine Teilmündigkeit anzunehmen. [5)]

Bei dieser Argumentation wird jedoch verkannt, daß § 1626 eine Generalklausel ist, die lediglich einen allgemeinen Grundsatz statuiert und gerade hinsichtlich der Personensorge der weiteren Konkretisierung durch einzelne Normen be-

---

1) OLG München - Urt. v. 17.12.56 - NJW 1958, 633.
2) Hamann/Lenz: Anm. B 8 und 9 zu Art. 2 GG.
3) Gernhuber: Lb. d. FamR. § 49 VI 4 (S. 516); vgl. auch Boehmer: MDR 1959, 705 ff.
4) Reuter: Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, S. 207 f.
5) Staudinger/Donau: Rdnr. 78 zu § 1626 BGB.

darf. Vom Gesetzeswortlaut her kann freilich der Eindruck entstehen, als würde der für rechtsgeschäftliche Willenserklärungen vorgesehene Standard die gesamte elterliche Gewalt erfassen, wenn § 1626 BGB bestimmt, daß die Eltern für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen haben, solange es minderjährig ist. Damit soll aber keineswegs zum Ausdruck gebracht werden, daß die elterliche Gewalt von der Geburt an bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres unverändert mit gleicher Intensität und mit dem gleichen Bestand an Befugnissen fortdauert. Durch die Bestimmung des § 1626 BGB und die entsprechende Vorschrift des § 1793 BGB wird vielmehr die Art der elterlichen bzw. vormundschaftlichen Fürsorge und deren zeitliche Begrenzung generell festgelegt. Dagegen wird nichts darüber gesagt, was Personensorge und Vermögenssorge in den einzelnen Reifephasen des Kindes bedeuten.[1)]

Während die Vermögenssorge durch die §§ 1638 ff und §§ 1802 ff BGB bis ins einzelne geregelt wurde, hat es das Gesetz hinsichtlich der Personensorge in § 1631 und entsprechend in § 1800 I BGB bei der Aufstellung allgemeiner Grundsätze bewenden lassen. Daher fehlt es auch an einer unmittelbaren gesetzlichen Regelung der Frage, von welchem Lebensalter an der junge Mensch die Einwilligung in einen höchstpersönliche Rechtsgüter antastenden Eingriff selbständig erteilen darf. Wenn nun die Rechtsprechung hierfür bestimmte Normen entwickelt, so wendet sie sich damit nicht contra legem. Es handelt sich vielmehr um eine gesetzesergänzende Rechtsfortbildung, durch welche die Generalklausel des § 1626 BGB näher konkretisiert wird.

Die Frage des Vorliegens der notwendigen Reife bleibt auch nicht dem subjektiven Ermessen des jeweils Urteilenden anheimgestellt, sondern läßt sich auf Grund objektiv nachprüfbarer Kriterien klären. Durch die von der Rechtsprechung entwickelte Regel wird eine materielle Wertentscheidung der Grundrechte im Minderjährigenrecht verwirklicht. Sie stellt eine durch die Einwirkung der Grundrechte auf das Zivilrecht bedingte Ausfüllung der Generalklausel des § 1626 BGB dar und fügt sich so in das Ganze der Rechtsordnung ein. Damit genügt sie auch den Anforderungen, welche an eine "geglückte" richterliche Rechtsfortbildung zu stellen sind.[2)] Die Rechtsprechung hat sich hier in der Form richterlicher Rechtsfortbildung von den starren Altersgrenzen des rechtsgeschäftlichen Bereichs gelöst zu Gunsten einer die Einwilligungsfähigkeit in jedem Einzelfall prüfenden Sicht.[3)]

---

1) Gernhuber: FamRZ 1962, 95.

2) Vgl. Larenz: Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung, S. 13.

3) Gernhuber: Lb. d. FamR. § 49 VI 4 (S. 516 f).

4. Die Entbehrlichkeit eines festen Standards

In diesem Bereich der Einwilligung in einen höchstpersönliche Rechtsgüter berührenden Eingriff kann damit der Idealgestalt einer nach der Reife des jungen Menschen abgestuften elterlichen Gewalt entsprochen werden.
Hiergegen ist eingewandt worden, daß sich eine Teilbeendigung der elterlichen Gewalt in dieser Weise nicht begründen lasse, weil auch auf diesem Gebiet um der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit willen eindeutige Grenzziehungen unerläßlich seien.[1] Wenn man eine Teilmündigkeit bejahen wollte, die lediglich durch die ausfüllungsbedürftigen Faktoren der geistigen und sittlichen Reife fixiert wäre, würde praktisch die Verantwortung auf den Arzt abgewälzt.[2]
Es ist jedoch nicht einzusehen, inwiefern sich dabei das Haftungsrisiko des Arztes übermäßig erhöhen sollte. Auf dem Gebiet des Strafrechts sind sich heute Lehre und Rechtsprechung durchaus darüber einig, daß innerhalb der durch die Gesetze gezogenen Schranken[3] jeder Mensch, soweit er einsichtsfähig ist, ohne Rücksicht auf seine bürgerlich-rechtliche Geschäftsfähigkeit wirksam in Körperverletzungen einwilligen kann, so daß die Rechtswidrigkeit der Tat entfällt.[4]

Wegen des Prinzips der Einheit der Rechtsordnung und der darauf beruhenden Verbindlichkeit eines Rechtfertigungsgrundes für alle Rechtsgebiete kann jedoch das Rechtswidrigkeitsurteil über ein und dieselbe Handlung im Zivilrecht nicht anders ausfallen als im Strafrecht.[5]
Reuter geht dagegen von einer unterschiedlichen Beurteilung der Rechtswidrigkeit im Zivil- und im Strafrecht aus und begründet diese Differenzierung damit, daß die rechtswirksame Einwilligung hier den Schadensausgleich und dort den staatlichen Strafanspruch ausschließe. Aus strafrechtlicher Sicht bedeute die Einwilligung keine Verfügung über ein Rechtsgut, sondern sie lasse lediglich die Strafwürdigkeit der Verletzung entfallen.[6]
Reuter verkennt dabei jedoch, daß die Einwilligung in eine Körperverletzung pri-

---

1) So Bosch: Grundsatzfragen des Beweisrechts, S. 43 u. FamRZ 1959, 203; ebenso Staudinger/Donau: Rdnr. 78 zu § 1626 BGB; a.A. aber Staudinger/Coing: Rdnr. 11 zu § 107 BGB.

2) So Staudinger/Donau: § 1626 BGB Rdnr. 78 a.E.

3) Wie z.B. Verstoß gegen die "guten Sitten" in § 226 a StGB.

4) Vgl. z.B. RGSt 41, 394; 71, 349; BGHSt 4, 90; 12, 382; Jescheck: Lehrb. d. Strafrechts - Allg. Teil - § 34 IV 3 (S. 251); Lencker: ZStrW 72 (1960), 454.

5) OLG München - Urt. v. 7.12.56 - NJW 1958, 634; Lencker: ZStrW 72 (1960), 455; Dreher: Anm. B III 1 vor § 1 StGB.

6) Reuter: Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, S. 33.

mär sowohl aus straf- als auch aus zivilrechtlicher Sicht eine Interessenpreisgabe darstellt und damit eine Verfügung über das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit bedeutet. Der Ausschluß von Schadensausgleich einerseits und staatlichem Strafanspruch andererseits sind nur die Folgen ein und derselben Interessenpreisgabe. Eine unterschiedliche Beurteilung ist bei der Rechtswidrigkeit aus diesem Grunde nicht gerechtfertigt.
Hat sich der behandelnde Arzt über die geistige und sittliche Reife seines minderjährigen Patienten unrichtige Vorstellungen gemacht und die Einwilligung der Eltern nicht eingeholt, so ist zwar die Widerrechtlichkeit wegen Fehlens einer wirksamen Einwilligung nicht ausgeschlossen. Der Arzt kann jedoch nur dann schadenersatzpflichtig werden, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt. In diesem Falle kann sich das Verschulden nur auf das Fehlen der Befugnis zur Vornahme der Heilbehandlung beziehen.[1)] Nun schließt aber der Irrtum über das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung den Vorsatz aus. Für die Schuldform der Fahrlässigkeit kommt es darauf an, ob dem Arzt eine Nichtbeachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 I 2 BGB) vorgeworfen werden kann. Damit wird von dem behandelnden Arzt nicht mehr und nicht weniger erwartet, als daß er sich unter Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ein Bild von der geistig-sittlichen Reife und damit von der Einsichtsfähigkeit seines jugendlichen Patienten verschafft. In Zweifelsfällen wird ein gewissenhafter Arzt nicht darauf verzichten, die Einwilligung der Eltern einzuholen. Im Ganzen gesehen kann deshalb keine Rede davon sein, daß dem Arzt ein übermäßiges Haftungsrisiko aufgebürdet wird, wenn man für die Wirksamkeit der Operationseinwilligung eines Minderjährigen darauf abstellt, ob er die nötige Urteils- und Einsichtsfähigkeit hinsichtlich der Bedeutung des körperlichen Eingriffs besitzt.

5. Gestaltungsmöglichkeiten de lege ferenda

Die neuere Rechtsprechung zur Operationseinwilligung Minderjähriger entspricht weitgehend der in der Schweiz bestehenden gesetzlichen Regelung. Nach Art. 19 II Schweiz. ZGB können "urteilsfähige" unmündige Personen ohne Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter diejenigen Rechte ausüben, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen. Als urteilsfähig sieht das Gesetz diejenigen jungen Menschen an, denen nicht wegen ihres Kindesalters die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäß zu handeln (Art. 16 ZGB). Die Feststellung dieser Fähigkeit kann naturgemäß nur im Einzelfall getroffen werden.[2)]

---

1) Vgl. Weitnauer: DB 1961, Beilage zu Nr. 51/52, S. 7.

2) Schweiz. BGE 44 II 447; Bosch: Grundsatzfragen des Beweisrechts, S. 33.

Wenn die Rechtsprechung auch grundsätzlich auf die Urteils- und Einsichtsfähigkeit im Einzelfall abstellt, so ist infolge der Bedürfnisse des nach Sicherheit strebenden Rechtsverkehrs doch zu erwarten, daß sich im Laufe der Zeit bestimmte generelle Typisierungen nach den natürlichen Reifegraden des durchschnittlich entwickelten jungen Menschen herausbilden werden. Gewisse Anhaltspunkte ergeben sich hierfür bereits aus einzelnen gesetzlichen Spezialregelungen:
So soll z.B. das Jugendgericht einem Jugendlichen, der das 16. Lebensjahr vollendet hat, nur mit dessen Einverständnis auferlegen, sich einer heilerzieherischen Behandlung zu unterziehen (§ 10 II 2 JGG). Daneben bleibt die Zustimmung des Erziehungsberechtigten und des gesetzlichen Vertreters erforderlich (§ 10 II 1 JGG). § 184 II RVO läßt die Zustimmung des über 16 Jahre alten Minderjährigen genügen, wenn die Krankenkasse dem Versicherten an Stelle der ambulanten Krankenpflege Krankenhausbehandlung gewähren will.
Im Zusammenhang mit der Altersstufe des 16. Lebensjahres ist bemerkenswert, daß neuerdings in England im Zuge der Herabsetzung des Volljährigkeitsalters von 21 auf 18 Jahre (§ 1 I Family Law Reform Act 1969)[1] eine besondere Teilmündigkeit für die Einwilligung in eine ärztliche Behandlung geschaffen wurde. § 8 des Family Law Reform Act 1969 bestimmt nämlich, daß Minderjährige ab ihrem 16. Lebensjahr chirurgischer, heilmedizinischer oder zahnärztlicher Behandlung wirksam zustimmen können.[2]

Neben dem 16. Lebensjahr markiert das 18. Lebensjahr eine für die Einwilligung in körperliche Eingriffe bedeutsame Altersstufe. In § 17 VI WPflG ist beispielsweise bestimmt, daß ärztliche Untersuchungsmaßnahmen, die einer ärztlichen Behandlung oder einer Operation gleichkommen, nicht ohne Zustimmung des Wehrpflichtigen vorgenommen werden dürfen. Hildegard Krüger weist zu Recht darauf hin, daß ein 18-jähriger Wehrpflichtiger (vgl. Art. 12 a I GG), der für reif erachtet wird, unter Umständen, "sein Leben für das Vaterland zu lassen", auch das Recht haben müsse, darüber zu entscheiden, ob er sich einer Operation unterziehen wolle oder nicht.[3]
Unter Heranziehung dieser bereits vorhandenen Ansätze wäre für eine differenzierte Standardisierung der für die Einwilligung in die ärztliche Behandlung Minderjähriger maßgeblichen Altersstufen de lege ferenda folgende Gestaltung zu empfehlen:
Bis zum vollendeten 16. Lebensjahr wird das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) und damit auch die Befugnis zur Einwilligung in ärztliche Eingriffe von den Personensorgeberechtigten wahrgenommen. Vom vollen-

---

1) Vgl. dazu Bartsch: FamRZ 1970, 356 ff.
2) Zitiert nach Bartsch: FamRZ 1970, 357.
3) Hildegard Krüger: FamRZ 1956, 334.

deten 16. Lebensjahr an soll neben der Zustimmung der Sorgeberechtigten auch das Einverständnis des Jugendlichen erforderlich sein, so daß er nicht mehr gegen seinen Willen zu einer Heilbehandlung gezwungen werden kann. Von der Vollendung des 18. Lebensjahres an darf der junge Mensch schließlich selbständig über seine körperliche Integrität verfügen und damit auch rechtswirksam die Einwilligung zu Eingriffen erteilen.

6. Ärztliche Behandlung Minderjähriger und Unterhaltspflicht

Eine ärztliche Behandlung, insbesondere eine mit längerem Krankenhausaufenthalt verbundene Operation, verursacht erhebliche Kosten. Daher hängt die praktische Durchsetzung der rechtlichen Möglichkeit, die notwendige ärztliche Behandlung eines Kindes unter Einschaltung des Vormundschaftsgerichts auch gegen den Willen der Eltern durchzuführen, ebenso wie die Durchsetzung der Befugnis des einsichtsfähigen Minderjährigen zur Selbstbestimmung im körperlichen Bereich in den Fällen, wo sich die Eltern der gewünschten Krankenbehandlung widersetzen, ganz entscheidend davon ab, ob diese Kosten von dem Unterhaltsanspruch des Minderjährigen mit umfaßt werden.
Die familienrechtliche Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern (§§ 1601 ff BGB) erstreckt sich auf den gesamten Lebensbedarf (§ 1610 II BGB). Nach ganz einhelliger Meinung umfaßt der "gesamte Lebensbedarf" als wesentlichen Teil die Krankenhilfe in Form von Pflege und Übernahme der Kosten für die durch Krankheit bedingten Aufwendungen für Medikamente, Arzt, Krankenhaus und den sonstigen durch den Krankheitsfall ausgelösten Bedarf.[1)]
Man wird davon ausgehen können, daß diese Kosten fast immer von einer Krankenkasse übernommen werden. Soweit die Eltern ihrer Unterhaltsverpflichtung in der Weise nachgekommen sind, daß sie ihr Kind selbst bei einer Krankenkasse versichert haben, werden sich trotz Verweigerung der elterlichen Zustimmung in eine ärztliche Behandlung im allgemeinen keine finanziellen Probleme ergeben; denn das Kind hat in diesen Fällen einen selbständigen Anspruch gegen die Krankenkasse, den es selbst oder gegebenenfalls durch einen vom Vormundschaftsgericht bestellten Pfleger geltend machen kann. Das gilt erst recht, wenn der Minderjährige als Arbeitnehmer oder Lehrling selbständig krankenversichert ist.

In einer ungünstigeren Lage befindet sich dagegen z.B. ein minderjähriger höherer Schüler, der lediglich als Familienangehöriger seiner versicherten Eltern oder

---

1) Staudinger/Gotthardt: Rdnr. 11 zu § 1610 BGB; Scheffler, in: RGRK, Anm. 4 zu § 1610 BGB; Palandt/Lauterbach: Anm. 3 zu § 1610 BGB.

eines Elternteils in den Genuß von Leistungen einer Krankenkasse kommt. So wird zwar beispielsweise im Rahmen der Familienhilfe nach §§ 205 ff RVO den unterhaltsberechtigten[1] Kindern eines Versicherten Krankenhilfe unter den gleichen Voraussetzungen und im gleichen Umfange wie dem Versicherten selbst gewährt; denn in den Satzungen der Krankenkassen wird den Kindern der Leistungsanspruch vielfach über eine gemäß § 205 III 2 RVO bestimmte Altersgrenze (z.B. "Beendigung der Volksschulpflicht") hinaus zugebilligt, wenn ein Kind erwerbsunfähig ist oder sich noch in Schul- oder Berufsausbildung befindet. Der Anspruch auf Familienhilfe (§ 205 RVO) steht jedoch nicht dem Kinde selbst, sondern dem versicherten Elternteil für das Kind zu.[2] Das Kind könnte die dem Versicherten zustehenden Ansprüche im eigenen Namen nur geltend machen, wenn der Versicherte es dazu bevollmächtigt hat oder wenn er zumindest den Umständen nach mit seinem Vorgehen einverstanden ist, also nicht gegen den Willen des Versicherten.

Aber auch wenn der versicherte Elternteil seine Einwilligung zur Geltendmachung des Anspruchs des Kindes gegen die Krankenkasse verweigert, ist das Kind nicht schutzlos. Es kann die Kosten für die Krankenbehandlung von seinen Eltern als Unterhalt verlangen; denn die Verpflichtung zum Unterhalt besteht unter den Voraussetzungen der §§ 1601 ff BGB kraft Gesetzes, so daß ein entgegenstehender Wille der Verpflichteten ohne Bedeutung ist. Demnach haften die Eltern anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen (§§ 1360; 1606 III BGB). Außerdem kann sich der Minderjährige notfalls an die Sozialhilfe wenden und Krankenhilfe nach § 37 BSHG beanspruchen. Falls diese gewährt würde, könnte der Träger der Sozialhilfe den Unterhaltsanspruch des Minderjährigen auf sich überleiten (§§ 90; 91 BSHG) und hätte einen Ersatzanspruch gegen die Krankenkasse des versicherten Elternteils, ohne daß dieser vorher Leistungen für das Kind beantragt oder auch nur sein Einverständnis mit der Geltendmachung des Ersatzanspruchs erklärt haben müßte.[3]

---

1) Der in § 205 RVO verwendete Begriff der Unterhaltsberechtigung ist dem bürgerlichen Recht entnommen und nach dessen Vorschriften zu bestimmen; denn die Familienhilfe der Krankenversicherung hat Unterhalts-Ersatzfunktion (BSozGE 6, 197 (203); 10, 28 (30 ff); 11, 30 (33).

2) BSozGE 17, 186 (189).

3) So BSozG - Urt. v. 23.8.67 - FamRZ 1967, 676 (677).

II. Art. 9 III GG: Die Koalitionsfreiheit minderjähriger Arbeitnehmer

Art. 9 III GG garantiert die "Koalitionsfreiheit", d.h. das Recht, sich zur "Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" zusammenzuschließen, nicht als einen Unterfall der allgemeinen bürgerlichen Vereinsfreiheit (Art. 9 I GG), sondern als ein eigenständiges Grundrecht.[1] Die Koalitionsfreiheit schützt als Doppelgrundrecht nicht nur das Recht des einzelnen Bürgers zum Koalitionszusammenschluß, sondern zugleich Bestand und Funktion der Koalitionen als Institutionen unserer Wirtschafts- und Sozialordnung.[2] Bei der Untersuchung der Rechts- und Handlungsfähigkeit des minderjährigen Arbeitnehmers im Bereich der Koalitionsfreiheit muß allerdings die institutionelle Betrachtungsweise gegenüber der individualrechtlichen Seite des Grundrechts zurücktreten.

1. Inhaberschaft und Ausübung des Grundrechts der Koalitionsfreiheit

Träger des Grundrechts der Koalitionsfreiheit ist nach dem Wortlaut des Art. 9 III GG zwar "jedermann". Aus dem Sinn dieser verfassungsrechtlichen Gewährleistung ergibt sich jedoch eine Begrenzung des Kreises der tatsächlichen Grundrechtsinhaber nach subjektiven Merkmalen. Aktuell steht das Grundrecht des Art. 9 III GG daher nur Arbeitgebern und unselbständigen Arbeitnehmern im weitesten Sinne sowie deren Verbänden zu. Art. 9 III GG gilt daher auch für minderjährige Arbeitnehmer.[3]

Die Koalitionsfreiheit gehört zu den Grundrechten, die in der Regel durch rechtsgeschäftliches Handeln, nämlich durch den Beitritt zu einer Koalition, ausgeübt werden. Der Gewerkschaftsbeitritt eines minderjährigen Arbeitnehmers ist daher ein Vorgang, der zwei verschiedene Ebenen unserer Rechtsordnung berührt: Vom Verfassungsrecht her gesehen handelt es sich um eine Erscheinungsform des Gebrauchs der in Art. 9 III GG gewährleisteten Freiheit. Zivilrechtlich läßt sich der Gewerkschaftsbeitritt eines Minderjährigen als Beitrittserklärung zu einem nichtrechtsfähigen Verein[4] qualifizieren, die der Regelung der §§ 106 ff BGB unterliegt.

---

1) So Hamann/Lenz: Anm. B 8 zu Art. 9 GG; E.R. Huber: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, S. 381.

2) Hamann/Lenz: Anm. B 8 b, zu Art. 9 GG.

3) Dietz: Koalitionsfreiheit, in: Die Grundrechte, Bd. III/1, S. 445.

4) Zur Rechtsform der Gewerkschaften als nicht rechtsfähige Vereine vgl. BGHZ 42, 210 (211); Hueck/Nipperdey: Lehrbuch d. Arbeitsrechts, Bd. II/1 § 6 I 2 a (S. 83).

Die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft ist für den Minderjährigen zweifellos mit rechtlichen Verpflichtungen verbunden. Die Hauptbelastung besteht in der Pflicht zur Beitragszahlung. Darüber hinaus sind die Mitglieder jedoch auch verpflichtet, für die Erreichung der Ziele ihres Verbandes einzutreten, [1] was die Pflicht zu solidarischem Verhalten, zur eventuellen Teilnahme an Arbeitskämpfen und zum Unterlassen gewerkschaftswidriger Handlungen beinhaltet. [2] Damit ist aber der Beitritt für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, so daß grundsätzlich die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich wäre (§§ 107; 108 I BGB).
Die Grundrechtsmündigkeit im Bereich der Koalitionsfreiheit hängt somit davon ab, ob Art. 9 III GG die nach den §§ 107 ff BGB beschränkte Geschäftsfähigkeit erweitert.

2. Die Argumentation aus § 113 BGB

In der Praxis lief die bisherige Diskussion zum überwiegenden Teil auf die Frage hinaus, ob die Ermächtigung der gesetzlichen Vertreter zum Eintritt in ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis gemäß § 113 I BGB auch die Zustimmung zum Beitritt des Minderjährigen in eine Gewerkschaft enthält. [3]

a) Die wohl noch herrschende Meinung steht auf dem Standpunkt, daß der Beitritt zu einer Gewerkschaft von § 113 I BGB nicht umfaßt werde. Soweit hierfür überhaupt eine Begründung gegeben wird, [4] erschöpft sich diese durchwegs in dem Hinweis, daß der Minderjährige durch den Gewerkschaftsbeitritt nicht in eine Rechtsbeziehung zum Arbeitgeber, sondern ausschließlich zur Gewerkschaft trete. § 113 BGB beziehe sich aber nach seinem Wortlaut und Sinn allein auf Rechtsgeschäfte zwischen dem Minderjährigen und seinem Arbeitgeber. [5]

---

1) Hueck/Nipperdey: Lehrbuch d. Arbeitsrechts, Bd. II/1 § 11 IV 2 b (S. 185).
2) Vgl. Woltereck: ArbuR 1965, 194 Fn. 11.
3) Vgl. v. Münch, in: BK, Rdnr. 103 zu Art. 9 GG.
4) Diese Ansicht vertreten ohne nähere Begründung z. B. Nikisch, Arbeitsrecht Bd. II § 58 II 4 (S. 23); Kaskel/Dersch: Arbeitsrecht § 50 IV 5 a, aa (S. 280); Bogs, in: AR-Blattei, Stichwort "Vereinigungsfreiheit" I Übers. B II 1 b; Palandt/Danckelmann: Anm. 4 zu § 113 BGB; AG Köln - Beschl. v. 15.5.64 - DB 1964, 1380; vgl. a. § 5 II Nr. 3 c des Saarld. Ges. über die Berufsorganisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer v. 30.6.1949 (ABl. d. Saarld. S. 743 ff).
5) LG Frankfurt - Urt. v. 3.5.63 - NJW 1963, 1361 f; Bauernfeind: Mitgliedschaft in Koalitionen, S. 55 f; Rewolle "Koalitionsrecht", in: Maus, Hdb. d. ArbR IX (S. 11).

Der Gewerkschaftsbeitritt hänge auch nicht unmittelbar mit dem Arbeitsverhältnis zusammen. [1]

b) Nach der Gegenmeinung, die in Rechtsprechung und Schrifttum vor allem in neuerer Zeit an Boden gewinnt, verleiht die Ermächtigung im Sinne des § 113 BGB dem Minderjährigen auch für dessen Gewerkschaftsbeitritt unbeschränkte Geschäftsfähigkeit. [2] Die Anwendbarkeit des § 113 I 1 BGB hängt zunächst einmal davon ab, ob für den Gewerkschaftsbeitritt eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach §§ 1643 I; 1822 Nr. 5 BGB erforderlich ist (§ 113 I 2 BGB). Eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung wird in aller Regel schon deshalb nicht notwendig sein, weil nach den Satzungen der meisten Gewerkschaften entweder jederzeitiger Austritt vorgesehen ist oder Austrittsfristen von ein bis sechs Monaten zum Quartalschluß üblich sind. [3] Doch selbst wenn sich für den volljährig Gewordenen eine Austrittsfrist von mehr als einem Jahr ergäbe, ist die Notwendigkeit einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu verneinen, weil die relativ geringen Gewerkschaftsbeiträge nicht zum Typus der "wiederkehrenden Leistungen" im Sinne von § 1822 Nr. 5 BGB gehören. [4] Es wäre auch kein zwingender Grund dafür ersichtlich, weshalb zur Eingehung eines langfristigen Arbeitsverhältnisses durch einen Minderjährigen die Zustimmung oder Ermächtigung der Eltern genügen soll, [5] während für den Beitritt des Minderjährigen zu einer Gewerkschaft eine besondere vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich sein sollte. [6]

Die Ansicht, daß § 113 I BGB den Beitritt des Minderjährigen zu einer Gewerk-

---

1) Dietz: Koalitionsfreiheit, in: Die Grundrechte Bd. III/1 S. 446, Fn. 102.

2) LG Essen - Beschl. v. 18.3.65 - NJW 1965, 2302; LG Frankenthal - Beschl. v. 14.3.66 - DB 1966, 586; LG Düsseldorf - Beschl. v. 10.3.66 - DB 1966, 587; LG Frankfurt - Urt. v. 5.4.67 - FamRZ 1967, 680; AG Bamberg - Beschl. v. 17.8.64 - DB 64, 1558; AG Oberhausen - Beschl. v. 31.8.64 - DB 1964, 1778 f; Farthmann: Anm. zu LG Frankf. NJW 1963, 1983; Hoffmann BB 1965, 127 f; Schatter: RdA 1951, 447 ff; Weimar: ArbuR 1954, 307; Woltereck: ArbuR 1965, 265 ff; Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 26 zu Art. 19 III GG; v. Münch, in BK: Rdnr. 103 zu Art. 9 GG.

3) Vgl. dazu Woltereck (ArbuR 1965, S. 241 f Fn. 83 u. 84) mit Nachweisen aus den einzelnen Gewerkschaftssatzungen.

4) Das Gesetz nennt als Beispiel den Miet- oder Pachtvertrag. Unter § 1822 Nr. 5 BGB fallen ferner Versicherungsverträge, Anspar- oder Abzahlungsverträge und dgl. (vgl. Palandt/Lauterbach: Anm. 6 zu § 1822 BGB).

5) § 1822 Nr. 7 ist in § 1643 I BGB nicht genannt.

6) So LG Essen - Beschl. v. 18.3.65 - NJW 1965, 2302 (2303).

schaft deckt, wird überwiegend damit begründet, daß zumindest im Falle der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers der Beitritt zur Gewerkschaft über die Geltung des Tarifvertrages auch eine unmittelbare inhaltliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses bewirkt.[1] Denn nach §§ 2-4 TVG hat nur der tarifgebundene, also der gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer Anspruch auf Leistungen aus dem Tarifvertrag. Diese Begründung krankt jedoch daran, daß das Arbeitsverhältnis durch den Erwerb der Gewerkschaftsmitgliederschaft nur dann beeinflußt werden kann, wenn auch der Arbeitnehmer tarifgebunden ist, also von einem mit der aufnahmenden Gewerkschaft geschlossenen Tarifvertrag erfaßt wird. "Es ist wenig überzeugend, einer erweiternden oder ausdehnenden Anwendung des § 113 I BGB mit einer Begründung pauschal das Wort zu reden, die von vornherein auf einen nicht unerheblichen Teil der in Betracht kommenden Fälle gar nicht zutreffen kann".[2] Eine differenzierende Anwendung je nach Tarifbindung des Arbeitgebers wäre aber eine wenig glückliche Lösung.[3]
Entscheidend für die Anwendung des § 113 BGB spricht jedoch der generelle Zusammenhang, der zwischen Arbeitsverhältnis und Gewerkschaftsmitgliedschaft besteht.
Die Ermächtigung nach § 113 I BGB erstreckt sich auch auf die Begründung von Rechtsbeziehungen zu Dritten, die eindeutig auf das Arbeitsverhältnis bezogen sind und erst vom Arbeitsverhältnis her ihren Sinn erhalten. Dazu gehören z.B. die Rechtsgeschäfte im Bereich der Sozialversicherung,[4] Beförderungsverträge für Fahrten zum Arbeitsplatz,[5] der Bewirtungsvertrag mit dem Kantinenpächter,[6] die Bevollmächtigung eines Rechtsanwaltes bei Rechtsstreitigkeiten mit dem Arbeitgeber[7] und dgl.. Ein solches Rechtsverhältnis, das eindeutig auf das Arbeitsverhältnis bezogen ist, ist auch die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft.[8] Zwar trifft die Ansicht, die Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft und

---

1) Farthmann: NJW 1963, 1983; Hoffmann: BB 1965, 127; LG Frankenthal - Beschl. v. 14.3.66 - DB 1966, 586; LG Düsseldorf - Beschl. v. 10.3.66 - DB 1966, 587.
2) So Woltereck: ArbuR 1965, 267.
3) Woltereck: ArbuR 1965, 265.
4) Str., wie hier Staudinger/Coing: Anm. 5 c, zu § 113 BGB; a.A. Palandt/Danckelmann: Anm. 4 zu § 113; vgl. auch Krause: VerwArch Bd. 61 (1970), S. 313 mit weiteren Nachweisen.
5) OLG Schleswig - Urt. v. 21.10.1949 - NJW 1950, 226.
6) Soergel/Siebert/Seydel: Rdnr. 3 zu § 113 BGB; Weimar: ArbuR 1954, 307.
7) Hoffmann: BB 1965, 127.
8) Gefaeller: Entstehung u. Bedeutungswandel der Arbeitsmündigkeit, S. 89 ff.

die Leistung unselbständiger Arbeit gehörten heutzutage im Bewußtsein der betroffenen Kreise durchaus zusammen, [1] in dieser Allgemeinheit nicht zu; denn dies wäre nur richtig, wenn die Mehrzahl aller Arbeitnehmer in allen Berufssparten gewerkschaftlich organisiert wäre. Aber jene Ansicht ist insofern richtig, als auch unorganisierte Arbeitnehmer die Gewerkschaften für ihre Organisationen im Sinne einer Interessenvertretung halten.
Diese Überlegungen zeigen, daß zwischen der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft und dem Arbeitsverhältnis ein für die Anwendung des § 113 I BGB erheblicher Zusammenhang besteht. "Es sei nur auf die Gewährung von Rechtsberatung und Rechtsschutz an Gewerkschaftsmitglieder und auf die ihnen zur Verfügung stehenden Unterstützungsleistungen bei Arbeitskämpfen, Krankheits- und Notfällen hingewiesen". [2] Da die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft erst vom Arbeitsverhältnis her ihren Sinn erhält, macht die Ermächtigung, in Dienst oder Arbeit zu treten, den Minderjährigen auch für den Gewerkschaftsbeitritt partiell geschäftsfähig. Als "Hilfsgeschäft zum Arbeitsverhältnis" wird der Gewerkschaftsbeitritt von § 113 BGB mit umfaßt. [3]

3. Die Unzulänglichkeit der zivilrechtlichen Argumentation

Die Anwendung des § 113 BGB auf den Gewerkschaftsbeitritt Minderjähriger dürfte wohl kaum den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers entsprechen. Die hier entwickelte Interpretation wird jedoch vom möglichen Wortsinn des § 113 BGB durchaus mit umfaßt, und sie steht im Einklang mit den sozialpolitischen Vorstellungen unserer Verfassung. Insoweit ermöglichen also die Normen des bürgerlichen Kindschaftsrechts eine Lösung, die auch der Verfassungsnorm des Art. 9 III GG gerecht zu werden vermag.
Dennoch erweist sich die zivilrechtliche Lösung der Frage, ob die Eltern bzw. der Vormund oder der Minderjährige selbst über den Gewerkschaftsbeitritt zu befinden haben, als unzulänglich. Im Rahmen des § 113 BGB macht die Ermächtigung, in Dienst oder Arbeit zu treten, den Minderjährigen für den Gewerkschaftsbeitritt unbeschränkt geschäftsfähig. Diese Vorschrift kann deshalb nur dann eingreifen, wenn der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen zur Aufnahme einer Arbeit vorbehaltlos ermächtigt hat. Andernfalls versagt § 113; denn er würde dem gesetzlichen Vertreter ohne weiteres gestatten, die Ermächtigung durch einen aus-

---

1) So aber Hoffmann: BB 1965, 127.
2) So Woltereck: ArbuR 1965, 267.
3) So Woltereck: ArbuR 1965, S. 263 ff (insb. S. 267); ähnlich Farthmann: NJW 1963, 1983; Hoffmann: BB 1965, 127; von Münch, in: BK Rdnr. 103 zu Art. 9 GG; LG Essen - Beschl. v. 18.3.65 - NJW 1965, 2302.

drücklichen Gewerkschaftsvorbehalt einzuschränken (vgl. § 113 II BGB), [1] so daß der Minderjährige seiner Gewerkschaft doch nicht ohne ausdrückliche Zustimmung wirksam beitreten könnte.
Eine befriedigende und umfassende Lösung bedarf daher einer Begründung aus der Verfassung selbst.

4. Teilmündigkeit durch Eintritt in ein Arbeitsverhältnis

Es ist daher zu prüfen, welchen Einfluß Art. 9 III GG auf die Privatrechtsordnung und speziell auf den in einem Arbeitsverhältnis stehenden Minderjährigen hat. Art. 9 III GG gewährleistet das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, für jedermann und für alle Berufe.

a) Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit richtet sich zwar wie jedes andere Grundrecht auch primär gegen die Träger öffentlicher Gewalt. So würde z.B. eine vom Jugendgericht gemäß § 10 JGG ausgesprochene Weisung, nicht in eine Gewerkschaft einzutreten bzw. aus einer Gewerkschaft wieder auszutreten, zweifellos gegen Art. 9 III GG verstoßen. [2] Art. 9 III GG ist jedoch darüber hinaus als einzige Grundrechtsnorm ausdrücklich mit absoluter Drittwirkung ausgestattet, indem er alle Abreden oder Maßnahmen, welche die Koalitionsfreiheit einschränken oder zu behindern suchen, für rechtswidrig und nichtig erklärt (Art. 9 III 2 GG). Wenn nun der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen die Zustimmung zum Gewerkschaftsbeitritt verweigert, so ist eine solche "Maßnahme" gemäß Art. 9 III 2 GG rechtswidrig. [3] Da das Grundrecht der Koalitionsfreiheit auch mit Wirkung gegenüber Dritten gewährleistet ist, ist es stärker als alle Maßnahmen, die sich auf die familienrechtlichen Befugnisse des BGB stützen. [4]

b) Diese besondere "Koalitionsmündigkeit" hat ihren Grund letztlich darin, daß der junge Mensch, sobald er mit Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter ein Arbeitsverhältnis eingegangen ist, in einen eigenständigen Pflichtenkreis außerhalb der unmittelbaren Einwirkungsmöglichkeit von Eltern oder Vormund gestellt ist. Er ist insoweit bereits "reif" und darf sein Arbeitsverhältnis im Rah-

---

1) Reuter: Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, S. 221; Kube: DB 1968, 1126 (1130).
2) Dallinger/Lackner: Rdnr. 26 zu § 10 JGG; Weimar: MDR 1964, 22.
3) Kube: DB 1968, 1130.
4) Ähnlich bereits für Art. 159 WRV Neumann: Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung, S. 77.

men des Direktionsrechts seines Arbeitgebers weitgehend selbst gestalten.[1] Am Arbeitsplatz können die Interessen des minderjährigen Arbeitnehmers in den meisten Bereichen von den Erziehungsberechtigten nicht mehr wirksam vertreten werden; dazu bedarf es vielmehr der Macht der Arbeitnehmerorganisationen. Das gilt vor allem für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen und des Arbeitsvertrages, die über die tarifvertraglichen Normen inhaltlich wesentlich mitgeprägt werden.[2] Die Gewerkschaften nehmen heute als sozialer Ordnungsfaktor auf arbeitsrechtlichem Gebiet innerhalb der staatlichen Gemeinschaft eine überragende Stellung ein.[3] Diese starke Position garantiert dem Einzelnen Schutz am Arbeitsplatz. Gerade die "Schutzfunktion, die von den Gewerkschaften wahrgenommen wird und um derentwillen die Koalitionsfreiheit garantiert ist",[4] läßt es geboten erscheinen, dem minderjährigen Arbeitnehmer die Grundrechtsmündigkeit im Bereich des Art. 9 III GG zuzugestehen. Ein in einem Arbeitsverhältnis stehender Jugendlicher darf somit von dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit und damit vom Recht auf Beitritt zu einer Gewerkschaft auch gegen den Willen seiner Eltern oder der sonstigen gesetzlichen Vertreter selbständig Gebrauch machen.

Exkurs: Die Stellung des Jugendlichen im Rahmen der Betriebsverfassung

Der Grundsatz, daß der Minderjährige in dem durch das Arbeitsverhältnis umschriebenen selbständigen Pflichtenkreis außerhalb des Elternhauses eine partielle Mündigkeit erlangt, beschränkt sich nicht auf den Bereich der Koalitionsfreiheit, sondern er bezieht sich auf das gesamte Leben im Betrieb. So kann der jugendliche Arbeitnehmer etwa auch gegen den Willen seiner Eltern oder seines Vormunds an Betriebsversammlungen teilnehmen (Art. 8 GG)[5] und dort seine Meinung - auch gegen etwaige elterliche Weisungen - frei äußern (Art. 5 I 1 GG).[6]

Mit Vollendung des 18. Lebensjahres erlangt der jugendliche Arbeitnehmer die Wahlberechtigung zum Betriebsrat (§ 6 BetrVG) bzw. zum Personalrat (§ 9 I PersVG). Aber auch die Arbeitnehmer unter 18 Jahren sollen in Betrieben, in denen mindestens fünf Jugendliche beschäftigt sind, eine Jugendvertretung wählen (§ 20 II BetrVG). Als Jugendvertreter können Arbeitnehmer vom vollendeten 16. bis zum vollendeten 24. Lebensjahr gewählt werden. Die Aufgabe der Jugend-

1) Kube: DB 1968, 1129.
2) Vgl. LG Essen - Beschl. v. 18.3.65 - NJW 1965, 2302.
3) LG Frankenthal - Beschl. v. 14.3.66 - DB 1966, 586 (587).
4) Hoffmann: BB 1965, 128.
5) Dietz: Rdnr. 2 zu § 41 BetrVG.
6) Hildegard Krüger: FamRZ 1956, 332.

vertreter besteht darin, die Interessen der jugendlichen Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber, aber auch gegenüber den anderen Arbeitnehmern, insbesondere dem Betriebsrat gegenüber zu vertreten. [1] Die Jugendvertreter sind nicht Mitglieder des Betriebsrats; sie nehmen vielmehr nur an der Verhandlung von Fragen, welche die Interessen der jugendlichen Arbeitnehmer wesentlich berühren, mit beratender Stimme teil (§ 35, S. 2 BetrVG). Die Jugendvertretung ist auch kein selbständiges betriebsverfassungsrechtliches Organ neben dem Betriebsrat. [2]

Angesichts der Bedeutung, die den Jugendvertretern als Betreuern des schutzwürdigsten Teiles der Arbeitnehmer in einem Betriebe zukommt, kann die Regelung, die das Recht der Jugendvertretung in dem derzeit noch geltenden Betriebsverfassungsgesetz gefunden hat, noch nicht als befriedigend angesehen werden. Zu Recht bemängelt Savaête, [3] daß bei der augenblicklichen gesetzlichen Regelung, wonach die Jugendvertretung nur ein Anhörungsrecht besitze, keine Garantie dafür gegeben sei, daß die Interessen der jugendlichen Arbeitnehmer innerhalb der Betriebsvertretung eine angemessene Berücksichtigung fänden, da es völlig in das Ermessen des Betriebsrats gestellt sei, ob er sich die von der Jugendvertretung in der Sitzung des Betriebsrats vorgebrachten Gründe zu eigen machen wolle oder nicht. Es erscheint daher erforderlich, daß im Zuge der beabsichtigten Reform des Betriebsverfassungsgesetzes die Stellung der Jugendvertretung dadurch verbessert wird, daß ihr in Angelegenheiten, welche die Interessen der jugendlichen Arbeitnehmer berühren, nicht nur ein Anhörungsrecht sondern ein volles Stimmrecht eingeräumt wird. [4]

III. Art. 103 I GG: Der Anspruch des Minderjährigen auf rechtliches Gehör

Zu den Grundrechten, bei denen der Grundsatz der Ausübung durch gesetzliche Vertreter durch zahlreiche Ausnahmeregelungen durchbrochen ist, welche dem Minderjährigen die Befugnis zur selbständigen Ausübung zubilligen, gehört auch das Prozeßgrundrecht des Art. 103 I GG. [5]

---

1) Dietz: Rdnr. 29 zu § 20 BetrVG.

2) Höcker: BB 1953, 564.

3) Savaête: DB 1954, 46 (54).

4) Vgl. Savaête: DB 1954, 54.

5) Durch die Erhebung des rechtsstaatlichen Grundsatzes des rechtl. Gehörs zur Verfassungsnorm sollten die Mißbräuche in gerichtl. Verfahren, wie sie unter dem NS-Regime vorgekommen waren, unmöglich gemacht wer-

1. Inhaberschaft und Ausübung des Rechts auf Anhörung

Nach Art. 103 I GG steht der Anspruch auf rechtliches Gehör "jedermann" zu. Eine praktikable Abgrenzung des Kreises der Anhörungsberechtigten muß sich am Sinngehalt dieser Verfassungsnorm orientieren. Art. 103 I dient dem Schutz derjenigen Personen, deren Interessen durch eine gerichtliche Entscheidung unmittelbar betroffen werden.[1] Er gibt jedem Verfahrensbeteiligten ein Recht darauf, daß er Gelegenheit erhält, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt vor Erlaß der Entscheidung zu äußern.[2] Der Anspruch auf rechtliches Gehör steht daher jedem zu, der als Verfahrensbeteiligter von einer gerichtlichen Entscheidung betroffen sein kann. Die Fähigkeit, an einem gerichtlichen Verfahren beteiligt zu sein, ist unabhängig von der Prozeßfähigkeit. Daher steht das in Art. 103 I GG garantierte Grundrecht auch allen Minderjährigen aktuell zu.
Von der Inhaberschaft des verfahrensrechtlichen Grundrechts auf Gehör muß man dessen Ausübung begrifflich trennen. Diese Unterscheidung ist erforderlich, weil der junge Mensch bereits von Geburt an an nahezu jedem gerichtlichen Verfahren beteiligt und damit auch anhörungsberechtigt sein kann, selbst wenn er noch nicht einmal die natürliche Handlungsfähigkeit zu einer vernünftigen Willensäußerung besitzt. Daher muß man zumindest bei Kindern grundsätzlich davon ausgehen, daß ihr Anhörungsrecht durch die gesetzlichen Vertreter ausgeübt wird.

Die Fremdwahrnehmung dieses Prozeßgrundrechts ist jedoch nicht nur bei kleinen Kindern, sondern grundsätzlich bei allen Minderjährigen erforderlich, da ihnen die verfahrensrechtliche Handlungsfähigkeit (Prozeßfähigkeit) fehlt.[3] Zwischen der Ausübung des Rechts auf Gehör und der Prozeßfähigkeit besteht nämlich ein enger Zusammenhang. Der Anspruch auf rechtliches Gehör beschränkt sich nicht auf die bloße Anhörung durch das Gericht zum Zwecke der Sachaufklärung; der Einzelne hat vielmehr das Recht, von dem gesamten Verfahrensstoff Kenntnis zu nehmen und sich hierzu zu äußern. Daraus ergibt sich für den Berechtigten

---

Fortsetzung der Fußn. 5) von S. 151:
den (vgl. BVerfGE 9, 89/95). Dieselbe Bestimmung enthalten Art. 91 I BV und - in erweiterter Form - auch Art. 6 I Europ. MRK.

1) BVerfGE 12, 6.

2) Vgl. BVerfGE 1, 429; 7, 53 (57), 240.

3) Die Verfahrensordnungen kennen keine "beschränkte" prozessuale Handlungsfähigkeit in Anlehnung an die beschränkte Geschäftsfähigkeit des materiellen Rechts (§§ 106 ff BGB), da der Zustand der schwebenden Unwirksamkeit mit den Prinzipien der Zügigkeit, Klarheit und Sicherheit des Verfahrensverlaufs nicht zu vereinbaren wäre (so Bärmann: Freiw. Gerichtsbarkeit, § 9 II 2 (S. 73 f); vgl. auch § 52 I ZPO).

beispielsweise die Befugnis, Akten einzusehen, Anträge zu stellen und ähnliche Verfahrenshandlungen vorzunehmen.[1] In Anbetracht dessen kann aber nur derjenige das Recht auf Gehör in vollem Umfang ausüben, der auch prozessual handlungsfähig ist. Daher wird der Anspruch auf rechtliches Gehör für Minderjährige grundsätzlich durch die gesetzlichen Vertreter wahrgenommen.[2]

2. Die selbständige Ausübung des Rechts auf Gehör durch Minderjährige

Der soeben herausgearbeitete Grundsatz, wonach das Recht auf Gehör für Minderjährige durch die gesetzlichen Vertreter ausgeübt wird, erfährt jedoch zahlreiche Durchbrechungen. Solche Ausnahmen liegen zunächst einmal in den Fällen vor, in denen auch ein Minderjähriger partiell prozeßfähig ist. Darüber hinaus gibt es Fälle, in denen dem Rechtsschutzbedürfnis des Minderjährigen durch seine gesetzlichen Vertreter deshalb nicht Genüge getan werden kann, weil das Verfahren gerade einen Interessenkonflikt zwischen gesetzlichem Vertreter und Kind zum Gegenstand hat. Schließlich würde es in solchen Verfahren, die auf einen besonders intensiven Eingriff in den persönlichen Lebensbereich abzielen, dem aus dem Schutz der Menschenwürde (Art. 1 I GG) abgeleiteten Recht auf Gehör widersprechen, wenn man den Minderjährigen als ein zwar durch Eltern oder Vormund vertretenes, aber nicht selbst mithandelndes Objekt des Verfahrens behandelte.[3] Das gilt insbesondere bei Straf- und Unterbringungsverfahren. Man kann daher sagen: "Je intensiver der Eingriff in die Persönlichkeitssphäre ist, den das Verfahren erlaubt, um so stärker ist die Prozeßfähigkeit auszudehnen bis zu dem Punkt, wo jegliche Verständigungsmöglichkeit mit dem Beteiligten unmöglich ist, damit der Beteiligte die Möglichkeit hat, selbst seine wichtigsten Persönlichkeitsrechte zu wahren".[4]

a) Partielle Prozeßfähigkeit des Minderjährigen

Soweit ein Minderjähriger nach bürgerlichem Recht partiell geschäftsfähig ist, muß er auch vor Gericht selbständig wirksam handeln können. So hat der Minderjährige für die Rechtsstreitigkeiten aus einem mit Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters betriebenen Erwerbsgeschäft sowie aus einem Dienst- oder Ar-

---

1) Vgl. Keidel: Der Grundsatz des rechtl. Gehörs, S. 40 f.

2) BGHZ 35, 1 (9); Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 91 zu Art. 103 I GG; Jansen: Rdnr. 88 zu § 12 FGG; Keidel: Der Grundsatz des rechl. Gehörs, S. 89.

3) Vgl. Bärmann: Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 9 II 4 (S. 74 f).

4) So Bärmann: Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 9 II 4 (S. 75).

beitsverhältnis, das er mit Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters eingegangen ist, eine sachlich beschränkte Prozeßfähigkeit, da er insoweit "unbeschränkt geschäftsfähig" ist (§§ 112, 113 BGB).[1] § 1612 II 2 BGB verleiht dem Kinde ein selbständiges Antragsrecht im Verfahren über die Bestimmung der Unterhaltsgewährung.[2] In Vormundschaftssachen gewährt ferner § 59 FGG dem Kind mit Vollendung des 14. Lebensjahres die Fähigkeit, das Beschwerderecht in allen seine Person betreffenden Angelegenheiten selbständig, d.h. ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters, auszuüben.
In all den Fällen, wo dem Minderjährigen eine Teil-Geschäftsfähigkeit oder die selbständige Ausübung eines Antrags- oder Beschwerderechts eingeräumt ist, ist er partiell prozeßfähig und kann damit auch sein Recht auf Anhörung selbständig wahrnehmen.

b) Die selbständige Ausübung des Rechts auf Gehör in Verfahren, die auf eine Freiheitsentziehung abzielen

Die Würde des Menschen und seine sich daraus ergebende Subjektstellung im gerichtlichen Verfahren gebieten, daß auch den nach allgemeinen Regeln verfahrensunfähigen Minderjährigen die selbständige Ausübung des Rechts auf Gehör gestattet werden muß, wenn es sich um Straf- oder Unterbringungsverfahren handelt, die einen schwerwiegenden Eingriff in den persönlichen Freiheitsbereich zum Gegenstand haben. Um das Recht auf Gehör selbständig wahrnehmen zu können, muß der betroffene Minderjährige insoweit als prozeßfähig angesehen werden.[3]
Als selbstverständlich vorausgesetzt wird diese selbständige Rechtsstellung des Jugendlichen im Jugendstrafverfahren; denn gerade im Strafverfahren kommt dem Anspruch auf rechtliches Gehör eine überragende Bedeutung zu.[4] Das JGG trägt der Schutz- und Erziehungsbedürftigkeit des jungen Menschen dadurch Rechnung, daß es die Rechte des Beschuldigten, gehört zu werden, Fragen und Anträge zu stellen oder bei Untersuchungshandlungen anwesend zu sein, auf den Erziehungsberechtigten und den gesetzlichen Vertreter ausdehnt (vgl. § 67 I JGG).

Auch in allen Unterbringungsverfahren ist der betroffene Minderjährige im Hin-

---

1) Rosenberg/Schwab: Zivilprozeßrecht, § 44 II 3 a (S. 191).
2) OLG Hamburg - Beschl. v. 17.12.1900 - OLG-Rspr. Bd. 2, S. 93.
3) Keidel: Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, S. 89 f und S. 111.
4) Daß Art. 103 I sogar in erster Linie den Schutz des Angeklagten im Strafverfahren bezweckt, ergibt sich neben der Entstehungsgeschichte vor allem aus der systematischen Stellung der Bestimmung zwischen Art. 102 und Art. 103 II, III GG, die strafverfahrensrechtliche Grundsätze enthalten.

blick auf die Gewährung rechtlichen Gehörs stets als prozeßfähig anzusehen, und zwar ohne Rücksicht auf Alter und Geschäftsfähigkeit.[1] So schreibt z.B. § 65 II 1 JWG vor, daß vor der Entscheidung über die Anordnung der Fürsorgeerziehung das Vormundschaftsgericht neben den Antragsberechtigten den Minderjährigen selbst hören muß. Dabei wurde bezüglich des Minderjährigen keine untere Altersgrenze festgesetzt.[2] So hat das BayObLG bereits in einer zu Art.4 BayFürsErzG v. 21.7.1915 (GVBl. 595) ergangenen Entscheidung[3] einen Beschluß über die Anordnung der Fürsorgeerziehung aufgehoben, weil der Vormundschaftsrichter den betroffenen fünfjährigen Knaben, der als ein aufgewecktes Kind geschildert wurde, nicht persönlich vernommen hatte. Der Gewährung rechtlichen Gehörs sind jedoch dort Schranken gesetzt, wo ein Kind mangels natürlicher Fähigkeiten überhaupt noch nicht in der Lage ist, sich zu den Vorgängen des Verfahrens zu äußern. Es geht deshalb sicherlich etwas zu weit, wenn Riedel[4] meint, daß im Fürsorgeerziehungsverfahren die persönliche Anhörung grundsätzlich auch für Säuglinge gelte. "Oft wird sich allerdings erst durch eine persönliche Anhörung herausstellen, ob und inwieweit die Gewährung rechtlichen Gehörs möglich ist".[5]

c) Die Ausübung des Rechts auf Gehör in Verfahren, die einen Interessenkonflikt zwischen gesetzlichem Vertreter und Kind betreffen

Der Grundsatz der Ausübung des Anhörungsrechts durch gesetzliche Vertreter ist schließlich in den Fällen fragwürdig, in denen das Verfahren gerade einen Interessenkonflikt zwischen gesetzlichem Vertreter und Kind zum Gegenstand hat, wie es z.B. bei der Entlassung des Vormunds wegen pflichtwidrigen Verhaltens (§ 1886 BGB) oder der Einschränkung der elterlichen Gewalt wegen Mißbrauchs (§ 1666 I BGB) der Fall ist. Hier ist die Ausübung des Anspruchs auf rechtliches Gehör für das Kind durch den Vertreter sinnlos und daher ausgeschlossen.[6] Bei solchen Interessengegensätzen muß dem Minderjährigen die selbständige Ausübung des Anhörungsrechts gewährt werden, damit er die Gelegenheit hat, selbst Tatsachen vorzutragen, Beweisanträge zu stellen usw..
Soweit ein Minderjähriger dazu noch nicht in der Lage ist, muß ihm zur ordnungsgemäßen Ausübung des Rechts auf Gehör ein besonderer Pfleger für das Verfahren bestellt werden (§ 1909 I 1 BGB). Gegen die Anordnung einer derartigen Verfahrenspflegschaft zum Zwecke der Ausübung des Rechts auf Gehör ist einge-

---

1) Hampel: FamRZ 1963, 549.
2) Riedel: Rdnr. 10 b zu § 65 JWG.
3) BayObLGZ Bd. 20 (1920), S. 284.
4) Riedel: Rdnr. 10 b zu § 65 JWG.
5) So Hampel: FamRZ 1963, 550.
6) So Lent/Habscheid: Freiwillige Gerichtsbarkeit § 20 II 5 a (S. 124).

wandt worden, daß sie zwar konstruktiv möglich, aber wohl zu schwerfällig sei.[1] Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die Wahrung verfassungsmäßiger Rechte auch schwerfällige Maßnahmen erfordern kann. Die Beachtung des Prozeßgrundrechts des Art. 103 I GG muß in diesem Falle den Vorrang vor prozeßökonomischen Erwägungen erhalten.[2]

2. ABSCHNITT:

Grundrechte, die der junge Mensch nur persönlich ausüben kann

Die im ersten Abschnitt behandelten Freiheitsrechte sind dadurch gekennzeichnet, daß sie materiell - zumindest auch - in der Form rechtsgeschäftlichen, geschäftsähnlichen oder verfahrensrechtlichen Handelns ausgeübt werden können, so daß von ihnen auch im Wege der Fremdwahrnehmung durch gesetzliche Vertreter Gebrauch gemacht werden kann, solange der Grundrechtsträger selbst noch erziehungsbedürftig bzw. zu einer vernünftigen Selbstbestimmung noch nicht fähig ist. Im Interesse eines wirksamen Schutzes der gewährleisteten Rechtsgüter ist diese fürsorgende Fremdwahrnehmung für den Unmündigen in der Regel auch erforderlich.
Ganz anders verhält es sich bei Grundrechten wie der Religionsfreiheit, der Meinungsfreiheit, der Versammlungsfreiheit oder dem Petitionsrecht. Ihr gemeinsames Kriterium besteht darin, daß sie von ihrem Inhaber nur durch selbständigen Gebrauch verwirklicht werden können.
Deshalb haben Eltern und Vormund hier nur die Möglichkeit, die Grundrechtsausübung der ihnen anvertrauten Kinder und Jugendlichen zu beaufsichtigen und nötigenfalls durch ihre Ge- oder Verbote zu beeinflussen. Sie können diese Grundrechte dagegen nicht als Vertreter des Minderjährigen an dessen Stelle ausüben.

Aus diesem Grunde besteht bei den nur höchstpersönlich ausübbaren Grundrechten auch keine Veranlassung für eine strenge Unterscheidung zwischen Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit. Sobald der junge Mensch in den durch diese Grundrechte geschützten Bereichen die erforderliche natürliche Einsichts- und Handlungsfähigkeit erlangt hat, stehen ihm die betreffenden Freiheitsrechte nicht nur aktuell zu, sondern er erlangt zugleich auch die rechtliche Handlungsfähigkeit, die nur durch die elterlichen Kontrollbefugnisse beschränkt ist.

---

1) Lent/Habscheid: Freiwillige Gerichtsbarkeit § 20 II 5 a (S. 124).
2) Vgl. Keidel: Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, S. 104.

I. Art. 4 I, II GG: Die Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit Minderjähriger

Durch Art. 4 I GG sind die Grundrechte auf Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit geschützt, während Art. 4 II GG die ungestörte Religionsausübung gewährleistet. Dabei haben die Freiheit des Glaubens und des Gewissens Vorgänge aus dem innermenschlichen Bereich, dem "forum internum" des Menschen, zum Gegenstand. "Da aber nur äußeres Verhalten rechtlicher Regelung zugänglich ist, wird Abs. I erst für die Betätigung der Glaubens- und Gewissensfreiheit rechtlich bedeutsam".[1] Daher stehen bei Art. 4 GG die Bekenntnisfreiheit und die ungestörte Religionsausübung im Vordergrund. Der Schutzbereich der Bekenntnisfreiheit ist durch Art. 9 I 2 MRK zutreffend konkretisiert als "die Freiheit des Einzelnen zum Wechsel der Religion oder der Weltanschauung sowie die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen öffentlich oder privat, durch Gottesdienst, Unterricht, durch die Ausübung und Beachtung religiöser Gebräuche auszuüben".

1. Aktuelles Zustehen und Ausübung von Grundrechten durch Minderjährige im Bereich des Art. 4 I, II GG

Die Handlungen und Entscheidungen, deren Freiheit durch Art. 4 I, II GG gewährleistet werden soll, können von dem Grundrechtsträger nur persönlich auf Grund von eigenen Erwägungen vorgenommen und vollzogen werden. Das hat zur Folge, daß etwa der konkrete Inhalt des Grundrechts der Bekenntnisfreiheit in dem Maße wächst, in dem die natürliche Handlungsfähigkeit und die Fähigkeit des jungen Menschen, religiöse und weltanschauliche Handlungen und Lehren zu begreifen, zunimmt.
Unabhängig davon ist kraft des elterlichen Erziehungsrechts (Art. 6 II GG) eine Einwirkung der Eltern auf die Bekenntnissphäre des Kindes bereits unmittelbar nach der Geburt möglich. Da in der Taufe in aller Regel zugleich die Zuweisung zu einem bestimmten Bekenntnis liegt, beginnt schon mit diesem Akt die religiöse "Erziehung" im Rechtssinne, wenn auch das Kind seiner Entwicklung nach einer Erziehung im pädagogischen Sinne noch kaum zugänglich ist.[2]

Bei dieser sog. Erstbestimmung des Bekenntnisses durch die Taufe kann allenfalls im Außenverhältnis von einer "Ausübung" der Bekenntnisfreiheit des Kin-

---

1) So v. Mangoldt/Klein: Art. 4 GG Anm. III 1 (S. 218).
2) Ebenso Staudinger/Donau: Rdnr. 3 zu § 1 RelKEG; a. A. Glässing: FamRZ 1962, 351.

durch seine Eltern gesprochen werden; denn staatliche Behörden haben die Entscheidung, welche die Eltern (oder der Vormund)[1] als Repräsentanten des Kindes getroffen haben, auf Grund des Art. 4 I GG genau so zu respektieren wie eine vom eigenen Willen des Kindes getragene Entscheidung. Betrachtet man jedoch das Verhältnis zwischen Eltern und Kind, so erscheint es undenkbar, daß die Eltern durch Vollzug eines eigenen Willensentschlusses die höchstpersönlichen Grundrechte ihres Kindes auf Glaubens- und Bekenntnisfreiheit "ausüben".[2] Sie können lediglich durch ihre Maßnahmen das Bekenntnis und die religiöse Erziehung ihres Kindes prägen und bestimmen. Im Innenverhältnis stellt die Taufe daher eine durch das in Art. 6 II GG gewährleistete Elterngrundrecht gedeckte Einwirkung auf die durch Art. 4 I GG geschützte Rechtsposition des Kindes dar. Wegen der Unvertretbarkeit der durch Art. 4 I, II GG garantierten Freiheitsrechte kann sich auch die Regelung der "Religionsmündigkeit" des Kindes - anders als bei den durch rechtsgeschäftliche Handlungen ausübbaren Grundrechten - nicht darauf beziehen, Ausübungsbefugnisse von den gesetzlichen Vertretern auf den Minderjährigen selbst zu übertragen. Hier geht es vielmehr darum, die Einwirkungsbefugnisse der Erziehungsberechtigten auf die religiöse Betätigung des Kindes schrittweise abzubauen zugunsten einer immer stärkeren rechtlich relevanten Berücksichtigung des Willens des Kindes. Der Gedanke eines sich in Phasen vollziehenden Heranreifens des jungen Menschen zur Selbstbestimmung ist in dem Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921 (RGBl. I, S. 939 u. 1263) beispielhaft verwirklicht worden.[3] So räumt dieses Gesetz dem Kinde bereits vom vollendeten 12. Lebensjahr an eine Art "beschränkte" Religionsmündigkeit in Gestalt eines Mitspracherechts und vom vollendeten 14. Lebensjahr an die volle Selbstbestimmung ein (§ 5 RelKEG). Damit soll verhindert werden, daß das Kind in einem Alter, in dem es in der Regel die nötige Verstandesreife erlangt hat, um den Inhalt religiöser oder weltanschaulicher Lehren erfassen zu können, durch Maßnahmen seiner Erziehungsberechtigten in Verwirrung, seelischen Zwiespalt oder Gewissensnot gestürzt wird.

2. Die Vereinbarkeit der Altersgrenze für die Religionsmündigkeit mit dem Elternrecht (Art. 6 II GG)

Die Altersgrenze des § 5 RelKEG, der den sog. annus discretionis mit der Vollendung des 14. Lebensjahres ansetzt, ist wiederholt mit der Begründung ange-

---

1) Der Vormund bedarf zur Erstbestimmung der Religion der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 3 II 2 RelKEG).

2) Bedenklich daher VG Köln - Urt. v. 13.5.65 - DVBl. 1966, 50 (51).

3) So Gernhuber: Lehrb. d. FamR. § 53 I 3 (S. 585); Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 23 zu Art. 19 III GG.

griffen worden, sie verletze das Elternrecht und sei wegen dieses Verstoßes gegen Art. 6 II GG verfassungswidrig.[1)]

Andere halten die Regelung des Art. 277 III Schweiz. ZGB,[2)] welche dem Kinde erst mit Vollendung des 16. Lebensjahres die selbständige Entscheidung über sein religiöses Bekenntnis zuerkennt, zumindest für glücklicher.[3)]

§ 5 RelKEG ist das Ergebnis einer Wertabwägung zwischen dem Erziehungsauftrag der Eltern und der Glaubens- und Gewissensfreiheit des Kindes, die vom Gesetzgeber der Weimarer Zeit vorgenommen worden ist.[4)] Wer die damals getroffene Regelung nunmehr vom Boden des Bonner Grundgesetzes aus kritisiert, muß sich entgegenhalten lassen, daß eine entsprechende Abwägung zwischen den Grundrechten des Kindes aus Art. 4 I, II GG und dem Elternrecht des Art. 6 II GG zu keiner eindeutigen Festlegung des Alters der Religionsmündigkeit führen kann. Die Verfassungsinterpretation läßt vielmehr einen gewissen Spielraum für das Lebensalter, vom dem an der Wille des Kindes den Erziehungsbefugnissen vorgeht.[5)]

Die religiöse und weltanschauliche Unterweisung der Kinder ist zweifellos ein wesentlicher Bestandteil der Erziehung, da durch sie die Grundlagen für die ethische Orientierung des Verhaltens aufgebaut werden. Dabei ist aber andererseits zu berücksichtigen, daß nur die in freier Selbstverantwortung und Gewissenserforschung getroffene Glaubensentscheidung Sinn und Wert hat.[6)] Deshalb wurde für die schwerwiegende Entscheidung über die künftige Religion schon verhältnismäßig früh[7)] in Abweichung vom sonst streng patriarchalischen Familienrecht das 14. Lebensjahr als "annus discretionis" festgelegt.[8)] Im Druchschnitt kann ein Kind mit den vom RelKEG gewählten Altersstufen soviel Einsicht erlangt und Belehrung empfangen haben, um die Entscheidung "mit derjenigen Sachlichkeit treffen zu können, mit der sich das staatliche Recht begnügen darf, wenn es gilt,

---

1) Peters, in: Die Grundrechte Bd. IV/1, S. 394; ebenso Hofmann: FamRZ 1965, 64; W. Becker: UJ 1966, 543 ff; gewisse Bedenken äußert auch das BVerwG (E 15, 138).

2) Art. 277 III Schweiz. ZGB lautet: "Hat ein Kind das 16. Lebensjahr zurückgelegt, so darf ihm die selbständige Entscheidung über sein religiöses Bekenntnis nicht verwehrt werden".

3) Dölle: Familienrecht, Bd. II § 93 VIII 1 (S. 195 f).

4) Vgl. Feuchte: DÖV 1965, 665.

5) Vgl. Zippelius, in: BK Rdnr. 53 zu Art. 4 GG.

6) Fischer: Trennung von Staat und Kirche, S. 57.

7) Erstmals in einem Conclusum Corporis Evangelicorum von 1752, vgl. Haugg: RWS 1961, S. 301, Fn. 13.

8) Perschel: RdJ 1963, 35.

in Gewissenssachen den Willen des heranwachsenden Menschen in seiner Freiheit zu schützen". [1] Auch nach den Erkenntnissen der Entwicklungspsychologie sind die in § 5 RelKEG gezogenen Altersgrenzen sowohl nach oben als auch nach unten hin gerechtfertigt, da bei wesentlich geringerem Lebensalter echte, gründlich überlegte Gewissensentscheidungen noch nicht möglich sind.

§ 5 RelKEG gewährt dem Kinde zwar die Entscheidungsfreiheit bei der Wahl des Bekenntnisses. Das bedeutet jedoch nicht, daß das Kind damit nach Vollendung des 14. Lebensjahres in Glaubensfragen jeder Einflußnahme durch die Eltern entzogen ist. [2] Das wird insbesondere dann nicht der Fall sein, wenn das Kind weiterhin in der häuslichen Gemeinschaft der vollen Erziehungsgewalt der Eltern untersteht. Die religiöse Erziehung in dem Bekenntnis, mit dem das Kind einverstanden ist, hört nicht mit dem 14. Lebensjahr auf. [3] Die eingetretene Religionsmündigkeit legt den Eltern jedoch die Pflicht zur Toleranz im Hinblick auf das Bekenntnis des Kindes auf.
§ 5 RelKEG ist also durchaus einer Auslegung fähig, die mit Art. 6 II GG in Einklang steht.

3. Die Entscheidung über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht

Die Religionsmündigkeit nach § 5 RelKEG berührt jedoch nicht nur das allgemeine Elternrecht (Art. 6 II GG), sondern sie muß auch mit der speziellen Befugnis der Erziehungsberechtigten, über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht zu bestimmen (Art. 7 II GG), sowie mit den in einzelnen Landesverfassungen enthaltenen abweichenden Mündigkeitsregelungen [4] in Einklang gebracht werden.

a) Das Verhältnis von § 5 RelKEG zu Art. 7 II GG

Nach Art. 7 III GG ist der Religionsunterricht, der in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften erteilt wird, in den öffentlichen Schulen mit Ausnahme der bekenntnisfreien Schulen ordentliches Lehrfach. Die Bestimmung über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht steht nach Art. 7 II GG den Erziehungsberechtigten zu.

---

1) Kipp, in: Festgabe für Kahl, S. 48.
2) BVerwGE 15, 134 (138); OVG Rheinland-Pfalz - Urt. v. 16.10.56 - JZ 1957, 216 (218); Staudinger/Göppinger: Vorbem. vor § 1666 BGB, Rdnr. 21.
3) Kipp, in: Festgabe für Kahl, S. 48.
4) Art. 137 I BV; Art. 35 I RhPfVerf; Art. 29 II SaarlVerf.

Die wohl herrschende Meinung geht offenbar davon aus, daß sich das religiöse Selbstbestimmungsrecht vom 14. Lebensjahr an auf das ganze Personensorgerecht im religiösen Bereich und damit auch auf die Bestimmung über die Teilnahme am Religionsunterricht erstrecke. Die Regelung des Art. 7 II GG, die keine Altersangabe enthalte, werde durch § 5 RelKEG in der Weise modifiziert, daß dem Kinde nach dem 14. Lebensjahr die Entscheidung über die Teilnahme am Religionsunterricht allein zustehe, während vom 12. Lebensjahr an die entsprechende Entscheidung der Erziehungsberechtigten der Zustimmung des Kindes bedürfe.[1)]

Die Vertreter dieser Ansicht berücksichtigen jedoch nicht, daß der Erziehungsauftrag seiner Natur nach umfassend ist, so daß sich der religiöse oder weltanschauliche Bereich nicht ohne weiteres ausklammern läßt.[2)] Der Erziehungsauftrag ist allerdings beschränkt durch die Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit des jungen Menschen, als deren Ausfluß die Regelung des § 5 RelKEG anzusehen ist. Daraus ergibt sich für das Verhältnis von § 5 RelKEG zu Art. 7 II GG folgendes: Nach Vollendung des 14. Lebensjahres haben die Eltern bei allen Erziehungsmaßnahmen die Entscheidung des Kindes über sein Bekenntnis zu respektieren. Sie haben aber kraft ihres Erziehungsrechts weiterhin die Befugnis, das Kind in den Religionsunterricht der von ihm gewählten Konfession zu schicken.[3)] Dem Jugendlichen ist die Entscheidung über die Teilnahme am Religionsunterricht mit Rücksicht auf Art. 4 I GG nur dann freigestellt, wenn diese Teilnahme für ihn einen echten Gewissenskonflikt darstellt. Grundsätzlich ist jedoch auch der über 14 Jahre alte Minderjährige nicht befugt, aus Gründen, die das Gewissen nicht berühren, dem Unterricht in dem von ihm gewählten Bekenntnis fernzubleiben.

b) Die Sonderregelungen einzelner Landesverfassungen

In den Verfassungen der Länder Bayern (Art. 137 I BV), Rheinland-Pfalz (Art. 35 I RhPfVerf) und Saarland (Art. 29 II SaarlVerf) ist die Vollendung des 18. Lebensjahres als Mündigkeitsalter für die Entscheidung über die Teilnahme am Religionsunterricht festgesetzt. In Bayern bezieht sich diese Mündigkeitsregelung darüber hinaus auch auf die Entscheidung über die Teilnahme an kirchlichen Handlungen und Feierlichkeiten. Aus dem Wortlaut des Art. 137 I BV, der vom vollendeten

---

1) Vgl. Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 32 zu Art. 7 GG; v. Mangoldt/Klein: Art. 7 GG, Anm. IV 4 (S. 284); Hamann/Lenz: Anm. B 3 zu Art. 7 GG; Henrich: Familienrecht § 18 V 2 (S. 148).

2) So Feuchte: DÖV 1965, 664 f.

3) Feuchte: DÖV 1965, 665; ähnlich Hofmann: FamRZ 1965, 64 ff; vgl. a. BVerwGE 15, 134 (138).

18. Lebensjahr an auf die Willenserklärung der "Schüler" abstellt, läßt sich jedoch entnehmen, daß es dabei nur um die von der Schule angeordneten kirchlichen Veranstaltungen geht, beispielsweise um die Gottesdienste am Beginn und am Ende eines Schuljahres.
Die Fortgeltung dieser Bestimmungen unter dem Grundgesetz und ihr Verhältnis zu § 5 RelKEG hängt von der Rechtsnatur der geregelten Materie ab. Trotz der systematischen Stellung der Sonderregelungen in denjenigen Abschnitten der jeweiligen Landesverfassung, die den Bereich von Bildung und Schule zum Gegenstand haben, handelt es sich nicht etwa um Schulrecht.[1] Es geht vielmehr um die Entscheidung eines Konfliktes zwischen elterlichen Befugnissen und Selbstbestimmung des Jugendlichen in einem Teilbereich der religiösen Erziehung, die ihre Regelung grundsätzlich durch das RelKEG erfahren hat. Da die religiöse Erziehung einschließlich der Bestimmung über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht als ein Bestandteil des Personensorgerechts anzusehen ist, stellt das RelKEG ein bürgerlich-rechtliches Ergänzungsgesetz dar.[2] Diese Rechtsnatur teilen auch die abweichenden Sonderregelungen der Landesverfassungen.

Da es sich somit um einen Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung handelt (Art. 74 Nr. 1 GG), sind die Vorschriften der Art. 137 I BV, Art. 35 I RhPfVerf und Art. 29 II SaarlVerf, soweit sie § 5 RelKEG modifizieren, nach Art. 125 Nr. 2 GG - bzw. § 5 des Gesetzes über die Eingliederung des Saarlandes v. 23.12.1956 (BGBl. I, S. 1011) - partikuläres Bundesrecht geworden.[3] Die drei Landesverfassungen wurden nämlich nach dem 8. Mai 1945, aber vor Zusammentritt des Bundestages erlassen.[4] Wenn man sich mit der herrschenden Meinung auf den Standpunkt stellt, daß auch die Teilnahme am Religionsunterricht unter § 5 RelKEG fällt, dann wurde die Vorschrift des § 5 RelKEG nach 1945 durch einzelne Landesverfassungen insoweit abgeändert, als sie sich auf die Teilnahme am Religionsunterricht und - in Bayern - auch auf die Teilnahme der Schüler an kirchlichen Handlungen und Feierlichkeiten bezieht.

Folgt man dagegen der Auffassung, daß die Eltern kraft ihres Erziehungsrechts auch nach Eintritt der Religionsmündigkeit noch die Befugnis haben, dem Kinde

---

1) Diese Zuordnung wird von Grundmann (BayVBl. 1962, 38) für Art. 137 I BV erwogen.

2) Wenn Peters (in: Die Grundrechte, Bd. IV/1, S. 391 f) dem RelKEG primär einen öffentlich-rechtlichen Charakter beimessen möchte, weil es der Begrenzung des Art. 6 II GG diene, so verkennt er, daß die Ausgestaltung und Beschränkung des elterlichen Erziehungsrechts gerade durch das bürgerliche Kindschaftsrecht erfolgt.

3) Vgl. Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 32 zu Art. 7 GG.

4) BV vom 2.12.1946 (GVBl. S. 333); RhPfVerf v. 18.5.1947 (VOBl. S. 209); SaarlVerf v. 15.12.1947 (ABl. S. 1077).

die Teilnahme an dem Religionsunterricht der von ihm gewählten Konfession zu gebieten, dann ist des weiteren die Frage zu klären, ob die landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen mit Art. 7 II GG zu vereinbaren sind; denn Art. 7 II GG nennt überhaupt keine Altersgrenze.[1] In der Tat könnte der Wortlaut des Art. 7 II GG dafür sprechen, daß die Erziehungsberechtigten bis zum Eintritt des Volljährigkeitsalters über die Teilnahme ihres Kindes am Religionsunterricht bestimmen dürfen. In Wirklichkeit wollte der Verfassungsgeber mit dieser Bestimmung jedoch keine derartige Mündigkeitsregelung treffen. Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 7 II GG läßt sich vielmehr entnehmen, daß das Wort "Erziehungsberechtigte" nicht im Sinne des bürgerlichen Rechts gebraucht wurde, sondern nur als Kurzform für die entsprechende aber schwerfälligere Formulierung des Art. 149 II WRV, wonach die Teilnahme an religiösen Unterrichtsfächern der Willenserklärung desjenigen überlassen blieb, der "über die religiöse Erziehung des Kindes zu bestimmen" hatte.[2] Wenn auch die Einflußnahme durch die Eltern in dem vom Kinde gewählten Bekenntnis nicht mit dem Eintritt der Religionsmündigkeit endet, so können die Eltern doch nicht mehr über die religiöse Erziehung des 18-jährigen bestimmen. Ein auf die Teilnahme am Religionsunterricht gerichteter Zwang wäre mit der Gewissensfreiheit des Heranwachsenden unvereinbar. Die Bestimmungen der Art. 137 I BV, Art. 35 I RhPfVerf und Art. 29 II SaarlVerf verstoßen daher nicht gegen Art. 7 II GG.

4. Der Schutz des Kindes vor Eintritt der Religionsmündigkeit durch vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen nach § 1666 I BGB

Das RelKEG beschränkt sich im wesentlichen darauf, für die einzelnen Altersstufen die Kompetenzen für die Bestimmung der religiösen Erziehung festzulegen. Es regelt aber nicht die Frage, was geschieht, wenn der Bestimmungsberechtigte seine Macht mißbraucht. Der Vormundschaftsrichter hat daher auch in dem durch die Grundrechte der Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit geschützten Bereich die Möglichkeit, über § 1666 I BGB in religiöse Erziehungsrechte einzugreifen, wenn er die elterliche Entscheidung für mißbräuchlich und das Wohl des Kindes für gefährdet hält.[3]

---

1) So vertreten Nawiasky/Lechner die Ansicht, daß Art. 137 BV hinsichtlich der Altersgrenze von 18 Jahren durch das GG außer Kraft gesetzt worden sei (Ergänzungsband des Kommentars zur BV, S. 133).

2) Zur Entstehungsgeschichte vgl. Wernicke, in: BK, Erl. II 2 b, zu Art. 7 GG.

3) Hirsch: Entzug und Beschränkung des elterlichen Sorgerechts, S. 38.

a) Der Mißbrauch des Rechts zur religiösen Erziehung

Wenn die Eltern nach der Geburt des Kindes in freier Einigung die Religionsgemeinschaft bestimmen, in deren Lehre das Kind erzogen werden soll, dann wird für ein richterliches Eingreifen nach § 1666 I BGB in der Regel noch kein Raum sein. Da unsere Verfassung in Glaubensfragen von der weltanschaulichen Neutralität des Staates ausgeht (vgl. Art. 3 III; 4 I, II GG), darf der Richter auch dann nicht eingreifen, wenn Eltern ihr Kind ohne jede religiöse Unterweisung lassen oder zu einer bewußten Diesseitigkeit erziehen wollen.[1] Auch wenn sich Eltern über die religiöse Erziehung ihres Kindes nicht einigen können, darf das Vormundschaftsgericht nur dann einem Elternteil das alleinige Recht zur religiösen Erziehung übertragen, wenn gerade in dieser fortbestehenden Uneinigkeit eine objektive Gefährdung des Kindeswohls zu erblicken ist.[2]
Die richterlichen Eingriffe nach § 1666 I BGB betreffen in der Regel Fälle, in denen beide Eltern oder ein Elternteil die religiöse Unterweisung ihres Kindes ändern wollen. Die Aufgabe des Vormundschaftsrichters besteht hier darin, den im Verlauf der bisherigen Erziehung allmählich gewachsenen Bestand kindlicher Religiosität in dem von Art. 4 I GG gebotenen Umfange zu schützen. Bei der Prüfung der Frage, ob eine mißbräuchliche Ausübung des Sorgerechts und eine Gefährdung des Wohles des Kindes i.S. des § 1666 I BGB vorliegen, ist vor allem zu untersuchen, wie das Kind seither erzogen wurde, auf welchen Gründen der Wechsel des Bekenntnisses beruht, ob die in Betracht kommenden Bekenntnisse eine größere oder geringere Wesensverschiedenheit aufweisen, in welchem Grade das Kind schon in das bisherige Bekenntnis hineingewachsen ist und ob sich bei ihm ein fester Glaube und ein Gefühl der Zugehörigkeit zu dem Bekenntnis entwickelt hat.[3]
Ein Mißbrauch des Sorgerechts kann beispielsweise darin gesehen werden, daß ein Elternteil den Bekenntniswechsel des Kindes ohne genügende Vorbereitung so schroff und unvermittelt durchführt, daß das Kind in einen seelischen Zwiespalt gerät.[4] Eine Änderung der Konfession des Kindes ist sicher dann mißbräuchlich, wenn sie auf selbstsüchtigen und außerpädagogischen Erwägungen beruht;[5] So ließ z.B. ein Vater seinen katholischen Sohn, der in einem katholischen Fürsor-

---

1) Vgl. Hirsch: Entzug und Beschränkung des elterlichen Sorgerechts, S. 39; BayObLG - Beschl. v. 26.5.59 - FamRZ 1963, 195.
2) LG Mannheim - Beschl. v. 27.7.1966 - DAVorm 1967, 89.
3) So Staudinger/Göppinger: Rdnr. 65 zu § 1666 BGB; vgl. a. BayObLGZ Bd. 12 (1962), 409 (414).
4) BayObLGZ Bd. 12 (1962), 409 (413).
5) So Hirsch: Entzug und Beschränkung des elterl. Sorgerechts, S. 42; vgl. a. AG Ravensburg - Beschl. v. 7.11.1963 - DAVorm 1964, 29.

geerziehungsheim untergebracht war, evangelisch werden, weil im katholischen Heim die Pflegekosten erhöht worden waren, im evangelischen dagegen nicht.[1] Ein Fall des Mißbrauchs läge auch dann vor, wenn die Änderung der religiösen Erziehung auf den unmittelbaren Zwang eines Elternteils oder eines Dritten zurückzuführen wäre; denn dies würde gegen die persönliche Freiheit auf religiösem Gebiet verstoßen.[2]

b) Die Berücksichtigung des Willens des Kindes vom vollendeten 12. Lebensjahr an

Nach Vollendung des 12. Lebensjahres kann das Kind gegen seinen Willen nicht mehr in einem anderen Bekenntnis als bisher erzogen werden (§ 5 S. 2 RelKEG). Zu einem Wechsel des Bekenntnisses ist daher neben der Entscheidung der Personensorgeberechtigten auch die Zustimmung des Kindes erforderlich. Es gehört mit zum Wächteramt des Vormundschaftsrichters, auch in diesem Altersbereich eine etwaige Nötigung oder Überrumpelung des Kindes durch sein Einschreiten gemäß § 1666 I BGB zu unterbinden.
Einem vom OLG München entschiedenem Fall,[3] an dem die Bedeutung des Mitspracherechts des Kindes vom vollendeten 12. Lebensjahr an besonders deutlich wird, lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

> Die evangelische ledige Mutter hatte mit ihrem Kinde mehrere Jahre in dem evangelischen "Löhe-Haus" gewohnt, wo sie als Hausmädchen beschäftigt war. Als die Kindsmutter zur katholischen Kirche übertrag, erklärte sie wenige Tage später vor dem Standesamt auch für ihr Kind den Austritt aus der evangelischen Kirche. Auf den Hinweis des Standesbeamten, daß hierfür die Zustimmung des bereits 13 Jahre alten Mädchens notwendig sei, hat sie das Kind vom Löhe-Haus, das sie selbst schon vorher verlassen hatte, weggeholt und hat es vor dem Standesbeamten die Niederschrift über die von ihr bereits abgegebene Erklärung unterschreiben lassen.
> Das Mädchen hat später verschiedenen Personen gegenüber geäußert, sie habe etwas unterschrieben, was sie nicht verstanden habe, und sie wolle evangelisch bleiben. Als sie erfuhr, daß sie nunmehr katholisch geworden sei, war das Mädchen erstaunt und aufgeregt.
> Daraufhin hat der Amtsvormund beim Vormundschaftsgericht den Antrag gestellt, der Mutter das Recht zu entziehen, die religiöse Erziehung ihres Kindes zu bestimmen. Dabei äußerte der Vormund die Befürchtung,

1) LG Rottweil - Beschl. v. 4.8.1949 - ZBlJugR 1950, 103.
2) BayObLGZ Bd. 26 (1927), 26 (30).
3) OLG München - Beschl. v. 4.6.1936 - JFG Bd. 14, 47 ff.

daß ein Konfessionswechsel, der plötzlich und unveranlaßt bei einem 13-jährigen Kinde vorgenommen werde, schwere seelische Erschütterungen zur Folge haben und bewirken könne, daß das Kind Religion und Konfession nur als belanglose Äußerlichkeit ansehen werde.
In der auf die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ergangenen Beschwerdeentscheidung lehnte das Landgericht ein Einschreiten gegen die Mutter ab. Zur Begründung führte es aus, daß es die Befürchtung des Vormunds nicht zu teilen vermöge, da sich ein 13-jähriges Kind noch keine feste Weltanschauung gebildet haben könne.

Gerade dieser Auffassung ist jedoch das OLG München mit folgender Begründung entschieden entgegengetreten:
"Die Anschauung (des Landgerichts) entspricht in dieser ihrer Allgemeinheit weder der Lebenserfahrung noch verträgt sie sich mit dem Gedanken des Gesetzgebers. Das Kind erlangt nach § 5 RelKEG mit der Vollendung des 14. Lebensjahres bezüglich der Wahl des religiösen Bekenntnisses die volle Geschäftsfähigkeit (Religionsmündigkeit), wird sohin als geistig reif angesehen, selbständig zu entscheiden; aber schon vom vollendeten 12. Lebensjahr an kann das Kind auf Beachtung seines Willens rechnen, insofern ihm ein anderes Bekenntnis als dasjenige, in dem es bisher erzogen wurde, nicht aufgedrängt werden darf. Der Gesetzgeber nimmt demnach, wenn er auch dem erst im 13. Lebensjahr stehenden Kinde die völlige Unterscheidungsreife nicht zugesteht, doch auf die dem Kinde bis dahin zuteilgewordene Unterweisung und Erziehung in einem bestimmten Bekenntnisse weitgehend Rücksicht, jedenfalls nur aus dem Grunde, weil er annimmt, daß das 12 Jahre alt gewordene Kind bereits eine größere Festigkeit in der religiösen Anschauung erlangt hat, in der es bisher gelebt hat und unterrichtet worden ist. Daß ein solches Kind in schwere Gewissensnot und seelische Erschütterung geraten kann, wenn ihm plötzlich und ohne jede Vorbereitung ein Wechsel des Bekenntnisses und eine Umstellung in der religiösen Anschauung zugemutet wird, läßt sich nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht schlankweg bestreiten". [1] Demgemäß kommt das OLG München zu dem Ergebnis, in dem Verhalten der Mutter, die ganz plötzlich ihr unvorbereitetes Kind auf das Standesamt geführt und ohne jegliche Belehrung über die Bedeutung des vorzunehmenden Schrittes zur Unterzeichnung der Austrittserklärung veranlaßt habe, könne sehr wohl ein Mißbrauch ihres Bestimmungsrechts erblickt werden. Unter den Voraussetzungen des § 1666 BGB könne der Mutter das Recht, die Religion ihres Kindes zu bestimmen, gegebenenfalls entzogen werden.
Gerade im Bereich der religiösen Erziehung muß das Vormundschaftsgericht jedoch mit der Maßnahme des teilweisen Entzugs der Ausübung des Personensorge-

1) OLG München - Beschl. v. 4.6.1936 - JFG 14, 47 (51).

rechts sehr behutsam umgehen. Liegen die Voraussetzungen des Eingreifens gemäß § 1666 I BGB nur gegen den einen Elternteil vor, so muß es bei der Anordnung der betreffenden Maßnahme sorgfältig prüfen, ob dem anderen Elternteil die alleinige Ausübung des Sorgerechts übertragen werden kann (§ 1680 in Verb. mit § 1679 I 1 BGB) oder ob insoweit ein Pfleger bestellt werden muß (§ 1679 I 2 in Verb. mit § 1909 BGB).[1] Ein Pfleger kann zwar Religionsunterricht, Kirchgang und Kommunions- oder Konfirmandenunterricht und dgl. veranlassen, aber der tägliche Einfluß von Vater und Mutter ist viel nachhaltiger und in der Regel auch geeignet, das Kind besser zu fördern als die Bemühungen eines Religionspflegers.[2]

II. Die Verhaltensfreiheiten des Minderjährigen

Die Grundrechte der Meinungs- und Versammlungsfreiheit sowie das Petitionsrecht gehören zu den Verhaltensfreiheiten, zu deren Ausübung die natürliche Handlungsfähigkeit des Grundrechtsträgers ausreicht.

1. Art. 5 I, II GG: Die Meinungs- und Informationsfreiheit

a) Die Meinungsäußerung als höchstpersönliche Handlung

Während im Bereich der Bekenntnisfreiheit noch in gewissem Umfang eine Fremdbestimmung in Gestalt der Repräsentation des Grundrechtsträgers durch die Eltern möglich ist - zu denken ist vor allem an die Erstbestimmung des Bekenntnisses durch die Taufe[3] (vgl. a. § 1 RelKEG) - ist es beim Recht der freien Meinungsäußerung naturgemäß ausgeschlossen, daß die Eltern stellvertretend für ihre Kinder handeln. Rechtsgeschäftliche Erklärungen, welche die gesetzlichen Vertreter für die ihnen anvertrauten Minderjährigen abgeben, sind im Hinblick auf Art. 5 I 1 GG als Meinungsäußerungen der Vertreter zu qualifizieren, und nur als solche können sie verfassungsrechtlichen Schutz genießen. Die meisten Meinungsäußerungen stellen jedoch überhaupt keine rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen dar, sondern sind zum überwiegenden Teil schlichte Tathandlungen, so daß sich die Anwendung der §§ 104 ff BGB schon von vornherein verbietet.[4]

---

1) Staudinger/Göppinger: Rdnr. 265 zu § 1666 BGB.
2) Hirsch: Entzug und Beschränkung des elterlichen Sorgerechts, S. 45.
3) VG Köln - Urt. v. 13.5.65 - DVBl. 1966, 50.
4) Herzog, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 22 zu Art. 5 GG.

b) Die Identität von "Innehaben" und "Ausübung" bei den Freiheitsrechten des Art. 5 I 1 GG

Da die Meinungsäußerung und die Aufnahme von Informationen unvertretbare Handlungen sind, können die in Art. 5 I 1 GG garantierten Freiheitsrechte insoweit von natürlichen Personen[1] nur höchstpersönlich vorgenommen werden. Weil aber eine Vertretung in der Ausübung dieser Grundrechte nicht in Betracht kommt, entfällt bei diesen auch das Bedürfnis für die Unterscheidung zwischen dem "Innehaben" und dem "Ausüben" dieser Rechte, also zwischen Rechtszuständigkeit und juristischer Handlungsfähigkeit. Das bedeutet, daß sich im Bereich der Meinungs- und Informationsfreiheit die Grundrechtsmündigkeit als rechtliche Handlungsfähigkeit mit dem aktuellen Zustehen dieser Freiheitsrechte deckt. Das Innehaben von Meinungs- und Informationsfreiheit setzt voraus, daß der Grundrechtsträger die natürliche und tatsächliche Fähigkeit zur Ausübung dieser Rechte besitzt. So kann sich beispielsweise der Säugling weder über einen bestimmten Lebenssachverhalt eine eigene Meinung bilden, noch könnte er diese durch Wort, Schrift, Bild oder in sonstiger Weise äußern. Desgleichen ist beim Kleinkind eine Unterrichtung aus allgemein zugänglichen Quellen ausgeschlossen.[2] Der Gebrauch der Meinungs- und Informationsfreiheit setzt eben eine Entwicklung der Denkfähigkeit voraus. Da es beim neugeborenen Kinde aber nicht nur an der aktuellen, sondern auch an der potentiellen Fähigkeit zum Gebrauch dieser Freiheiten und damit an der Möglichkeit einer Verletzung derselben fehlt, stehen diese Rechte dem Kind in der Wiege noch nicht aktuell zu.[3]
Sobald aber der junge Mensch nach einer gewissen geistigen Entwicklung die natürliche Fähigkeit erlangt hat, sich Meinungen zu bilden, dieselben zu äußern und sich Informationen zu verschaffen, wird er nicht nur Inhaber derjenigen Grundrechte, welche die Freiheit dieser Betätigung gewährleistet, sondern er erwirbt in diesen Bereichen zugleich auch die Fähigkeit, in rechtlich wirksamer Weise zu handeln. Denn sobald ein Mensch fähig ist, Meinungen zum Ausdruck zu bringen, genießen diese seine Meinungsäußerungen auch den verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 5 I GG. Da eine Ausübung dieser Rechte durch Andere aus-

---

1) Bei juristischen Personen handelt es sich stets um Meinungsäußerungen der Organe, die als Äußerungen der juristischen Personen fingiert werden (zu diesem Problem Herzog: Rdnr. 17 zu Art. 5 GG).

2) Reisnecker: Das Grundrecht der Meinungsfreiheit, S. 85.

3) Wenn Reisnecker (a.a.O., S. 84) die Grenze für eine Inhaberschaft des Rechts der Meinungsfreiheit zwischen dem nasciturus und dem Neugeborenen zieht, so kann dem nicht gefolgt werden. Die Fähigkeit des neugeborenen Kindes zu unartikuliertem Schreien kann für die Zuordnung des Rechts der Meinungsfreiheit wohl nicht ausreichen.

scheidet, ist somit jeder, der die natürliche Fähigkeit zur Ausübung der in Art. 5 I 1 GG garantierten Freiheitsrechte erlangt hat, in diesem Bereich auch rechtlich selbständig handlungsfähig und damit grundrechtsmündig.[1)]

c) Die "beschränkte" Grundrechtsmündigkeit des Minderjährigen im Bereich des Art. 5 I 1 GG

Das Recht der Eltern auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder erfaßt freilich alle Lebensbereiche des jungen Menschen und somit auch die Bereiche der Meinungsäußerung und Information. Für die Dauer der Fürsorge- und Erziehungsbedürftigkeit kann daher nur von einer durch die Kontrollbefugnisse der Eltern und Erzieher "beschränkten" Grundrechtsmündigkeit des Minderjährigen gesprochen werden. Wenn auch die Eltern und der Vormund die Grundrechte der Meinungs- und Informationsfreiheit wegen ihres höchstpersönlichen Charakters nicht anstelle des jungen Menschen wahrnehmen können, so bleibt ihnen doch die Möglichkeit, durch geeignete Ge- oder Verbote und ähnliche direktive Maßnahmen lenkend auf die Grundrechtsausübung des Minderjährigen einzuwirken.

aa) Solche Maßnahmen können im Interesse des Schutzes und der Erziehung beispielsweise darauf gerichtet sein, pornographische oder verrohende Druckerzeugnisse oder Abbildungen von einem Kinde fernzuhalten. Die Erziehungsaufgabe gebietet es, daß der Lesestoff des Minderjährigen seinem Entwicklungsstand entsprechend überwacht und ausgewählt wird.[2)] Da gerade die wahllose Aufnahme von Informationen schwerwiegende Schäden im geistig-seelischen Bereich hervorrufen kann, muß das Grundrecht der Informationsfreiheit beim erziehungsbedürftigen jungen Menschen in derartigen Fällen zugunsten der Pflege- und Erziehungsfunktion des Elternrechts zurücktreten.[3)] Da dem Jugendlichen mit steigendem Lebensalter immer weniger Schaden droht, sind die Kontrollbefugnisse in ihrer Intensität entsprechend abzustufen.[4)]

bb) Da Meinungsäußerungen demgegenüber in der Regel keine schwerwiegenden Folgen für das Kind nach sich ziehen, wird in den meisten Fällen kein Bedürfnis nach einem besonderen elterlichen Schutz bestehen. Dazu kommt, daß es sich bei der Ausübung des Rechts der Meinungsfreiheit wohl um die wichtig-

---

1) Vgl. Perschel: Meinungsfreiheit des Schülers, S. 87; ders. RdJ 1963, 37; ebenso Leuschner: Recht der Schülerzeitungen, S. 78.

2) Beurmann: UJ 1963, 298.

3) Perschel: RdJ 1963, 37.

4) Vgl. z.B. § 6 JugSchG v. 27.7.1957 (BGBl. I S. 1058) mit seinen Altersstufen beim Filmbesuch; ferner § 3 d. Ges. üb. d. Verbreitung jugendgefährdender Schriften v. 29.4.1961 (BGBl. I S. 497).

ste Betätigung des Einzelnen auf geistigem Gebiet handelt. Deshalb sind gerade die Meinungsäußerungen auch für die Entwicklung des erwachenden Geistes bei den jungen Menschen von entscheidender Bedeutung; denn der Geist kann sich nur in der Eigenverantwortung entfalten.
Durch das Grundrecht der Meinungsfreiheit wird deshalb der Inhalt der elterlichen Gewalt und der Vormundschaft in der Weise modifiziert, daß Verbote, die auf eine Beschränkung der Meinungsfreiheit des Minderjährigen abzielen, im Rahmen des Personensorgerechts nurmehr in sehr engen Grenzen zulässig sind. [1)]

So läßt die Aufsichtspflicht als Bestandteil der Personensorge Beschränkungen der Meinungsfreiheit lediglich dort geboten erscheinen, wo es gilt, den Minderjährigen durch die einschränkenden Maßnahmen vor Schaden zu bewahren bzw. zu verhindern, daß der Minderjährige andere schädigt. Ein solcher Fall wäre etwa bei beleidigenden oder anderen strafrechtlich relevanten Äußerungen eines Jugendlichen gegeben. [2)] Dagegen vermag die Erziehungsfunktion des Elternrechts keine Beschränkungen der Meinungsfreiheit des Kindes zu rechtfertigen. Das Ziel der Erziehung ist ja gerade die geistige Mündigkeit des Zöglings; geistige Mündigkeit kann aber "nicht dadurch erzielt werden, daß die Äußerungen erwachender Geistesfreiheit unterdrückt werden". [3)]

d) Auseinandersetzung mit der Gegenansicht Reuters

Im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht spricht Reuter dem erziehungsbedürftigen Kinde das Grundrecht auf Meinungsfreiheit ab. Er begründet dies zunächst von der individualrechtlichen Seite des Grundrechts her damit, daß dem Minderjährigen wegen der fehlenden intellektuellen und sittlichen Reife die Selbstbestimmung in diesem Bereich noch nicht zustehe. Auch durch § 1626 I BGB werde die Selbstbestimmungsfähigkeit auf das 21. Lebensjahr festgelegt. Bei institutioneller Betrachtung ergebe sich diese Beschränkung aus der sozialen Funktion der Meinungsfreiheit im demokratischen Staat: Solange der Minderjährige z.B. im Rahmen von Parlamentswahlen noch nicht mitbestimmen dürfe, benötige er diese Freiheit nicht. [4)]
Diese Argumente vermögen jedoch nicht zu überzeugen. Bei der institutionellen Begründung wird verkannt, daß die Meinungsfreiheit eine wesentliche Voraussetzung für die Mitbestimmung in sämtlichen Lebensbereichen bildet, und

---

1) Vgl. Reisnecker: Das Grundrecht der Meinungsfreiheit, S. 85; Perschel: RdJ 1963, 35; a.A. ohne Begründung Peters, in: Die Grundrechte, Bd. IV/1, S. 394.
2) Perschel: RdJ 1963, 37.
3) So Perschel: Meinungsfreiheit des Schülers, S. 86 f.
4) Reuter: Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, S. 226 ff.

nicht nur im politischen Leben. Im Arbeits- oder Schulverhältnis z.B. sind die Minderjährigen aber durchaus bereits mitbestimmungsfähig.
Die Aussage, daß dem Minderjährigen bis zum Erreichen des Volljährigkeitsalters die für die Meinungsfreiheit erforderliche intellektuelle und sittliche Reife fehle, ist einfach nicht zutreffend, da sie allen Erkenntnissen der Pädagogik und der Entwicklungspsychologie widerspricht. Auch die juristische Begründung aus § 1626 I BGB geht fehl. Diese Vorschrift sagt zwar etwas über die zeitliche Dauer der elterlichen Gewalt aus. Sie sagt jedoch nichts über deren konkreten Inhalt, der sich während der einzelnen Entwicklungsphasen des Kindes wandelt und mit zunehmendem Alter abschwächt. Der Heranwachsende unterliegt der elterlichen Fremdbestimmung nicht mehr mit derselben Intensität wie das kleine Kind. Typisierungen mit starren Altersgrenzen sind nur im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich und beschränken sich im wesentlichen auf das rechtsgeschäftliche Verhalten. Im Bereich der Meinungsäußerungen besteht für eine solche Typisierung kein Bedürfnis. Eine Fremdbestimmung ist wegen des höchstpersönlichen Charakters der Meinungsäußerung nur im Wege der Einwirkung durch Ge- oder Verbote möglich. Solche unmittelbaren Beschränkungen der Meinungsfreiheit sind aber auch den Eltern und Vormündern nur im Rahmen der Personensorge im Interesse des Schutzes des Minderjährigen gestattet (vgl. Art. 5 II GG).

2. Die Meinungsfreiheit des Schülers

Die Erziehung der jungen Menschen zu freiheitlich denkenden und verantwortungsbewußten Bürgern ist ein hervorragendes Erziehungsziel der Schule im demokratischen Staat. Wesentliche Voraussetzung einer solchen Erziehung ist die Möglichkeit freier Meinungsäußerung durch den Schüler.

a) Das Verhältnis der Schulerziehung zum Elternrecht

Durch Art. 7 I GG ist das gesamte Schulwesen aus der elterlichen Sphäre herausgenommen und - der historischen Entwicklung entsprechend - der staatlichen Gemeinschaft zugeordnet.[1] Damit stellt die staatliche Schulerziehung als der wichtigste Sektor der öffentlichen Erziehung neben der elterlichen Erziehung einen eigenständigen und gleichwertigen Teilbereich der Gesamterziehung dar.[2]

Zwar sind Elternhaus und Schule keine voneinander isolierten Lebensverhältnisse, sondern sie ergänzen sich gegenseitig in ihrer Einwirkung auf den jungen Menschen. Gleichwohl bildet der schulische Bereich einen selbständigen Pflichten-

1) Heckel/Seipp: Schulrechtskunde, S. 252.
2) Vgl. Zacher: Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, S. 100.

kreis, welcher von der häuslichen Sphäre der Eltern oder des Vormunds räumlich und zeitlich getrennt ist. Diese Stellung in einem besonderen Pflichtenkreis außerhalb des Elternhauses prägt auch die Grundrechtspositionen des Schülers. Sicherlich verbleiben den Eltern in denjenigen Grundrechtsbereichen, die einer gesetzlichen Vertretung zugänglich sind, erhebliche Entscheidungsbefugnisse. So haben die Eltern das Recht, die Schulart für das Kind zu wählen - eine wichtige Vorentscheidung für die Berufswahl - oder über seine Teilnahme am Religionsunterricht zu bestimmen. Verhaltensfreiheiten wie das Recht der freien Meinungsäußerung können die Schüler jedoch selbständig, d.h. ohne Einwirkung ihrer gesetzlichen Vertreter, ausüben; denn im Schulbereich kommt den Eltern und Vormündern keine Erziehungsaufgabe zu.

b) Schranken der Meinungsfreiheit im Schulverhältnis

Diese Meinungsmündigkeit des Schülers rechtfertigt allerdings nicht die Annahme, daß der junge Mensch in Unterricht und Schulerziehung überhaupt keiner Einschränkung seiner Meinungsfreiheit unterworfen sei. Gewisse Beschränkungen ergeben sich vielmehr aus dem Zweck des Schulverhältnisses und der funktionalen Stellung des Schülers in diesem. Das Schulwesen gehört zu der von der Verfassung vorausgesetzten und anerkannten rechtlichen Ordnung (vgl. Art. 7 I GG). Da das Grundgesetz als einheitliches Ganzes gesehen werden muß, in dem die einzelnen Bestimmungen miteinander in einem sinnvollen Zusammenhang stehen, ist die Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen den Grundrechten des Schülers und dem Schulverhältnis in einer Interessenabwägung zwischen Freiheit und Schulzweck zu suchen. Bei jeder Einschränkung eines Freiheitsrechts ist daher zu prüfen, ob diese Einschränkung durch den jeweiligen Schulzweck (wie Unterricht, Aufrechterhaltung der Ordnung und dgl.) unmittelbar gefordert wird.[1] Da jedoch die Ausübung der Meinungsfreiheit selbst ein wesentliches Erziehungsziel der Schule bildet, ist jede Einschränkung der Meinungsfreiheit im Interesse anderer schulischer Aufgaben auch an diesem Erziehungszweck zu messen; "denn die Meinungsfreiheit des Schülers kann zwar durch den Schulzweck eingeschränkt werden, der Schulzweck muß aber gleichzeitig im Lichte der Meinungsfreiheit gesehen werden".[2]

c) Die Pressefreiheit im Schulverhältnis

Der wirkliche Umfang der den Schülern gewährten Meinungsfreiheit zeigt sich nicht nur bei Meinungsäußerungen gegenüber den Lehrern im Zusammenhang mit dem Unterricht, sondern vor allem auch bei der Freiheit der inhaltlichen Gestal-

1) Vgl. dazu BVerwGE 7, 125 (137).
2) So Leuschner: Recht der Schülerzeitungen, S. 98.

tung von Schülerzeitungen.

Schülerzeitungen sind regelmäßig oder unregelmäßig erscheinende Druckerzeugnisse, deren Inhalt für die Schüler, aber auch für die Lehrer einer Schule sowie für die Erziehungsberechtigten bestimmt ist und die im wesentlichen von Schülern gestaltet werden.[1] Auch Schülerzeitungen gehören zur "Presse" i.S. d. Art. 5 I 2 GG und werden daher durch das Grundrecht der Pressefreiheit geschützt.[2] Die gegenteilige Auffassung, wonach Schülerzeitungen nicht dem Pressebegriff des Grundgesetzes unterfallen sollen, weil sie nicht zum politischen Meinungsbildungsprozeß beitrügen,[3] betont zu einseitig die institutionelle Bedeutung der Pressefreiheit auf Kosten der individualrechtlichen Seite. Art. 5 I 2 GG beinhaltet keineswegs nur eine institutionelle Garantie, um der durch die Presse erfüllten öffentlichen Aufgaben willen, sondern er ist zugleich ein echtes Grundrecht, das alle bei der Herstellung und Verbreitung gedruckter Meinungsäußerungen Tätigen schützen will. Dazu gehören aber auch die Mitarbeiter von Schülerzeitungen.

Infolge der von Art. 7 I GG vorausgesetzten Ordnung des Schulverhältnisses unterliegen die Schülerzeitungen allerdings über die durch Art. 5 II GG gezogenen Schranken hinaus noch weiteren durch den Schulzweck, insbesondere durch die Aufrechterhaltung der Schuldisziplin gebotenen Einschränkungen. Diese Einschränkungen müssen jedoch wiederum im Lichte der Meinungs- und Pressefreiheit gesehen werden. So wäre es eine wegen Art. 5 I 3 GG unzulässige Vorzensur, wenn sich die Schulleitung die vorherige Überprüfung und Genehmigung jeder Schülerzeitung vorbehielte. Als erstes Bundesland hat Hessen aus dieser Rechtslage die Konsequenzen gezogen und in dem Erlaß des Kultusministers über Schüler- und Schulzeitungen vom 13.8.1964 (ABl. KM S. 526) angeordnet: "Eine Zensur der Schülerzeitungen findet nicht statt, ihre Herausgabe unterliegt nicht der Genehmigung des Schulleiters oder der Schulaufsichtsbehörde".

Der Schulzweck rechtfertigt somit nicht eine vorherige Prüfung und Genehmigung jeder gedruckten Meinungsäußerung der Schüler, sondern nur das Einschreiten der Schulleitung aus einem konkreten Anlaß. Eingriffe in Gestalt eines Verkaufsverbots oder einer Beschlagnahme von Schülerzeitungen werden vor allem dann erforderlich sein, wenn es gilt, eine schwere Durchbrechung der Schuldisziplin oder eine Gefährdung der Sittlichkeit jüngerer Mitschüler zu verhindern.[4] Während Maßnahmen zur Abwehr der Gefährdung jüngerer Mitschüler in sittlicher Hinsicht durch die Jugendschutzklausel des Art. 5 II GG gedeckt sind, sind

---

1) So Heckel/Seipp: Schulrechtskunde, S. 308.

2) Herzog, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 156 zu Art. 5 GG; v. Mangoldt/Klein: Art. 5 GG, Anm. IX 1 e (S. 249 f).

3) So Leuschner: Recht der Schülerzeitungen, S. 99.

4) Herzog, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 156 zu Art. 5 GG.

Maßnahmen im Interesse der schulischen Ordnung nur dann gerechtfertigt, wenn ein schwerer Verstoß gegen die Schuldisziplin, wie z.B. ein Aufruf zum "Schülerstreik", vorliegt.

3. Art. 8 GG: Die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit Minderjähriger

Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) gewährleistet nicht nur den räumlich-physischen Vorgang des "Sich-Versammelns", sondern beinhaltet zugleich die Befugnis zu geistiger Kundgabe im Wege kollektiven Handelns.[1] Auf Grund seiner räumlichen Komponente schützt es einen speziellen Teilbereich der körperlichen Bewegungsfreiheit (Art. 2 II 2 GG). Seine geistige Komponente läßt seine Verwandtschaft mit den Schutzrechten des geistigen Bereichs wie der Religionsfreiheit (Art. 4 I, II GG), der Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG) und dem Petitionsrecht (Art. 17 GG) deutlich werden. Infolge dieser Ambivalenz ist Art. 8 GG auch der verfassungsrechtliche Schutzort der Demonstrationsfreiheit.[2]

Da Art. 8 GG die Freiheit eines bestimmten menschlichen Verhaltens schützen will, kann dieses Grundrecht von seinem Inhaber immer nur selbständig ausgeübt werden. Ebenso wie bei der Meinungsfreiheit entfällt damit das Bedürfnis für eine rechtliche Unterscheidung zwischen Grundrechtsinhaberschaft und Grundrechtsausübung. Sobald der junge Mensch die natürliche Fähigkeit erlangt hat, sich mit anderen zu einem bestimmten Zweck versammeln zu können, steht ihm das Grundrecht des Art. 8 GG aktuell zu. Damit ist er im Bereich dieses Freiheitsrechts zugleich auch rechtlich handlungsfähig, d.h. grundrechtsmündig,[3] wobei seine Handlungsfreiheit lediglich durch seine Sorgeberechtigten aus Schutz- oder Erziehungsgründen beschnitten werden kann.
Es ist zwar zutreffend, wenn einzelne Autoren darauf hinweisen, daß der Versammlungsfreiheit von Minderjährigen dort rechtliche Grenzen gezogen sind, wo die Abhaltung einer Versammlung mit privatrechtlichen Verpflichtungen (z.B. Saalmiete, Kosten für Werbung und dgl.) verbunden ist.[4] Daraus läßt sich jedoch nicht der Schluß ziehen, daß damit die beschränkte Geschäftsfähigkeit (§ 106 BGB) als Richtschnur für die untere Altersgrenze der Grundrechtsmündigkeit bei Art. 8 GG dienen könne.[5] Denn zum einen trifft dieses Argu-

---

1) Hamann/Lenz: Anm. A zu Art. 8 GG.
2) Merten: MDR 1968, 621.
3) Perschel: RdJ 1963, 37.
4) Vgl. v.Münch, in: BK Rdnr. 4 zu Art. 8 GG; Herzog, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 17 zu Art. 8 GG.
5) So aber v.Münch, in: BK Rdnr. 4 zu Art. 8 GG.

ment nur für die eigentlichen Veranstalter einer Versammlung zu, und zum anderen ist bei einer großen Anzahl von Versammlungen nicht mit derartigen Verpflichtungen zu rechnen. Wenn sich etwa die Kinder eines Stadtviertels zu einem Protestzug zusammentun und zum Rathaus marschieren, um auf diese Weise ihrer Forderung nach Spielplätzen Nachdruck zu verleihen, so machen sie damit in zulässiger Weise von ihrem Recht der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit Gebrauch, unabhängig davon, ob sie nach bürgerlichem Recht bereits beschränkt geschäftsfähig sind. Ebenso sind beispielsweise minderjährige Schüler durch keine bestimmte Altersgrenze daran gehindert, in einem Demonstrationszug gegen eine Preiserhöhung bei Schülerfahrkarten zu protestieren.

4. Art. 17 GG: Die Ausübung des Petitionsrechts durch Minderjährige

Das Petitionsrecht (Art. 17 GG) soll nach einer verbreiteten Ansicht nur den Volljährigen zustehen.[1] Da das Wählen neben dem Einbringen von Petitionen die einzige Einwirkungsmöglichkeit des Einzelnen auf die Volksvertretung darstelle, sei das Petitionsrecht entsprechend dem aktiven Wahlrecht zu behandeln. Diese Auffassung wird von der heute wohl herrschenden Meinung zu Recht abgelehnt.[2] Abgesehen davon, daß sich das aktive Wahlalter nach derzeit geltendem Recht nicht mit dem Volljährigkeitsalter deckt, kann bei der Frage, ob Minderjährige das Petitionsrecht selbständig ausüben dürfen, nicht mit der Gleichbehandlung von Petitionsrecht und Wahlrecht argumentiert werden. Die sachbedingte Gemeinsamkeit, daß beide Rechte die Möglichkeit zur Einflußnahme auf die Volksvertretung gewähren, rechtfertigt es nicht, das Petitionsrecht nur den wahlberechtigten Bürgern zuzugestehen; denn die Zweckrichtungen dieser beiden Rechte sind grundverschieden. Während das aktive Wahlrecht auf die Bildung und Zusammensetzung des Parlaments abzielt, sollen die Volksvertretung oder die sonst zuständigen Stellen durch die Petition veranlaßt werden, etwas Bestimmtes zu tun oder zu unterlassen.[3] Die angegangenen staatlichen Organe sollen durch die "Bitten und Beschwerden" vor allem auf Ungerechtigkeiten und Mißstände hingewiesen und zu deren Beseitigung angeregt werden. Die Fähigkeit dazu haben aber auch Minderjährige, sobald sie neben der natürlichen Handlungsfähigkeit die zur

---

1) Aus dem Schrifttum zum Bonner GG vgl. v. Mangoldt/Klein: Vorbem. B XV 2 c (S. 128); Mattern, in: Die Grundrechte Bd. II, S. 630.

2) Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 25 zu Art. 17 GG; Dagtoglou, in: BK Rdnr. 51 zu Art. 17 GG; Hamann/Lenz: Anm. B 1 zu Art. 17 GG; H. J. Wolff: Verwaltungsrecht III, § 166 III c 1 (S. 346).

3) Dagtoglou, in: BK Rdnr. 17 zu Art. 17 GG.

Ausübung des Beschwerderechts erforderliche geistige Reife besitzen.[1] Die Befugnis der Minderjährigen zum selbständigen Gebrauch des Petitionsrechts wird teilweise damit begründet, daß bei der Ausübung des Art. 17 GG keine Folgen ersichtlich seien, die den Petenten irgendwelchen rechtlichen Nachteilen i.S. des § 107 BGB aussetzen könnten.[2] Die Anwendung dieser für private Rechtsgeschäfte geschaffenen Regelung auf die Ausübung des Grundrechts der Petitionsfreiheit ist jedoch nicht angebracht. Diese beiden Formen rechtlich relevanten Verhaltens unterscheiden sich sowohl in den Voraussetzungen als auch in den Folgen so sehr voneinander, daß eine rechtliche Gleichbehandlung nicht gerechtfertigt wäre. Während das Rechtsgeschäft des bürgerlichen Rechts einen "final auf Rechtsgestaltung gerichteten Akt"[3] darstellt, handelt es sich beim Einbringen von Petitionen um ein rein faktisches Verhalten, das lediglich nach "Entgegennahme, sachlicher Prüfung und Erledigung der Petition" verlangt.[4] Die Petitionsfreiheit gehört ebenso wie die ihr verwandte Freiheit der Meinungsäußerung zu den schlichten Verhaltensfreiheiten, bei denen der Eintritt der rechtlichen Handlungsfähigkeit mit dem aktuellen Zustehen des Grundrechts zusammenfällt. Mit Robert v. Mohl kann man heute noch sagen, daß "die Vorbringung einer Bitte jedem, welcher überhaupt fähig ist, seine Gedanken zu äußern, zusteht".[5] Daher genügt beim Minderjährigen die natürliche Handlungsfähigkeit, um das Petitionsrecht selbständig, d.h. ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, ausüben zu können.[6] Vom Elterngrundrecht des Art. 6 II GG her bestehen hiergegen keine Bedenken, weil der Gebrauch des Petitionsrechts mit den Zwecken der Pflege und Erziehung der Kinder in der Regel nicht kollidieren kann.[7] Nur in Ausnahmefällen, etwa bei beleidigenden Äußerungen, können die Eltern oder der Vormund einschreiten, um den Jugendlichen vor der Gefahr einer Strafverfolgung zu bewahren.[8]

---

1) Peters, in: Die Grundrechte Bd. IV/1, S. 395.

2) So Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog: Rdnr. 25 zu Art. 17 GG; ders. Rdnr. 27 zu Art. 19 III GG.

3) Flume: Allg. Teil Bd. II, Das Rechtsgeschäft, S. 114.

4) Dagtoglou, in: BK Rdnr. 24 zu Art. 17 GG.

5) So Robert v. Mohl: Beiträge zur Lehre vom Petitionsrecht in konstitutionellen Staaten, in: Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. 1 (1860), S. 222 (230), zitiert nach: Dagtoglou, in: BK Rdnr. 51 zu Art. 17 GG.

6) Vgl. a. Anlage I zur Geschäftsordnung für den Bayer. Landtag v. 19. Juni 1968 (GVBl. S. 275), wo es unter Nr. I Buchst. b heißt: "Volljährigkeit ist zur selbständigen Ausübung des Petitionsrechts nicht erforderlich."

7) Woltereck: ArbuR 1965, 196.

8) Perschel: RdJ 1963, 37.

ZUSAMMENFASSENDE THESEN

A.

Unter einem Grundrecht im subjektiven Sinne versteht man die dem Einzelnen durch eine Grundrechtsnorm zum Schutze bestimmter Individualinteressen gewährte Rechtsposition, aus deren Beeinträchtigung ihm Abwehransprüche gegen den Staat oder einen anderen Träger öffentlicher Gewalt erwachsen.

B.

Die allgemeine Grundrechtsfähigkeit als die potentielle Fähigkeit, Träger von Grundrechten zu sein, hat jeder Mensch von Geburt an.
Welche einzelnen Grundrechte einer bestimmten Person dagegen aktuell zustehen, hängt sowohl vom Vorliegen bestimmter subjektiver Eigenschaften (Staatsangehörigkeit und sonstige "persönliche Gewährleistungsschranken") als auch vom Vorhandensein der jeweils garantierten Individualinteressen (natürliche Handlungsfähigkeit, Wohnung, Eigentum u. dgl.) ab. Beginnend mit dem elementaren Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, das auch dem insoweit partiell grundrechtsfähigen nasciturus bereits zusteht, entwickeln sich die durch Freiheitsrechte geschützten Interessen beim jungen Menschen mit zunehmendem Alter, so daß er nach und nach in die durch Grundrechtsnormen gewährleisteten Positionen hineinwächst.

C.

Auch im Bereich der Freiheitsrechte ist die Wahrnehmung von Rechten durch gesetzliche Vertreter und die dadurch bedingte Unterscheidung zwischen Rechtsfähigkeit und rechtlicher Handlungsfähigkeit grundsätzlich erforderlich, damit der Schutz der Grundrechte den jungen Menschen bereits in einem Alter, in dem sie noch nicht die Fähigkeit zu vernünftiger Willensbildung besitzen, zuteil werden kann.
Die Fremdwahrnehmung von Freiheitsrechten ist allerdings nur dort in vollem Umfang möglich, wo in der Form rechtsgeschäftlichen Handelns von Grundrechten Gebrauch gemacht wird oder wo es um die verfahrensrechtliche Geltendmachung von Abwehransprüchen geht. Dagegen kann die von einzelnen Grundrechten gewährleistete Freiheit eines bestimmten Verhaltens (z.B. Freiheit der Meinungsäußerung) ebenso wie die Freiheit im Bereich von Gewissensentscheidungen von dem Grundrechtsinhaber nur persönlich ausgeübt werden, so daß die gesetzlichen Vertreter nur durch ihre lenkenden Maßnahmen auf das Verhalten des Minderjährigen einwirken können.

D.

Die verfassungsrechtliche Stellung des jungen Menschen ist gekennzeichnet durch eine auf Grund seiner Pflege- und Erziehungsbedürftigkeit bedingte Modifizierung seiner Freiheitsrechte. Für die Dauer der Fremdwahrnehmung seiner Grundrechte wird der natürliche Wille des Minderjährigen durch den rechtlich relevanten Willen seiner Eltern oder seines Vormunds weitgehend verdrängt.
Zwar finden die Grundrechte im bürgerlichen Kindschaftsrecht keine unmittelbare Anwendung. Die Grundrechte des jungen Menschen sind jedoch bei der Auslegung der wertausfüllungsfähigen Begriffe des Minderjährigenrechts zu berücksichtigen. Eine vom Pflege- und Erziehungszweck nicht mehr gedeckte Verletzung eines verfassungsrechtlich garantierten Freiheitsbereichs wird in der Regel als "Mißbrauch" der elterlichen Gewalt (§ 1666 I BGB) bzw. als "pflichtwidriges Verhalten" des Vormunds (§§ 1837 I; 1886 BGB) anzusehen sein, so daß das Vormundschaftsgericht bei einer Gefährdung des Wohles des Kindes oder Mündels zum Einschreiten verpflichtet ist.

E.

Die Fremdwahrnehmung von Kindesgrundrechten durch die Personensorgeberechtigten findet mit dem Eintritt der Selbstbestimmung des jungen Menschen in den verschiedenen durch Freiheitsrechte geschützten Lebensbereichen eine zeitliche Grenze. Die rechtliche Fähigkeit zur selbständigen Ausübung von Grundrechten wird als "Grundrechtsmündigkeit" bezeichnet.
Da die Möglichkeiten einer Fremdwahrnehmung bei den einzelnen Grundrechten sehr unterschiedlich sind, läßt sich für den Gesamtbereich der Freiheitsrechte kein einheitliches Mündigkeitsalter festlegen. In welchem Umfang der junge Mensch seine Freiheitsrechte selbständig ausüben darf, kann immer nur unter Berücksichtigung aller verfassungsrechtlichen und faktischen Gesichtspunkte (insbesondere soziologischer und entwicklungspsychologischer Daten) für das einzelne Grundrecht bestimmt werden:

So unterliegen die Rechte der Aufenthaltsbestimmung (Art. 2 II 2 GG) und der Berufswahl (Art. 12 I GG) sowie die Entscheidung über die Staatsangehörigkeit (Art. 16 I GG) infolge der Erziehungsbedürftigkeit des jungen Menschen, der das Grundgesetz durch die Anerkennung des Instituts "Erziehung" Rechnung trägt (vgl. Art. 6 II GG), bis zum Eintritt der Volljährigkeit der Fremd- oder Mitbestimmung der Personensorgeberechtigten. Demgegenüber erlangt der Jugendliche im Hinblick auf die Disposition über seine körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) und - sobald er in ein Arbeitsverhältnis getreten ist - auch im Bereich der Koalitionsfreiheit (Art. 9 III GG) bereits vor Erreichen des Volljährigkeitsalters eine partielle Mündigkeit.

Während die bisher genannten Freiheitsrechte - zumindest auch - in der Form rechtsgeschäftlichen Handelns und damit im Wege der Fremdwahrnehmung ausgeübt werden können, können die Grundrechte der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 I GG) ebenso wie die spezifischen Verhaltensfreiheiten (Art. 5 I; 8; 17 GG) von ihrem Inhaber nur durch selbständigen Gebrauch verwirklicht werden. Insoweit entfällt das Bedürfnis für die Unterscheidung zwischen "Innehaben" und "Ausübung" dieser Rechte. Sobald der junge Mensch die erforderliche natürliche Handlungsfähigkeit erlangt hat, stehen ihm diese Freiheitsrechte nicht nur aktuell zu, sondern er besitzt damit zugleich auch die rechtliche Handlungsfähigkeit, die nur durch gewisse Kontrollbefugnisse der Personensorgeberechtigten beschränkt ist.

LITERATURVERZEICHNIS

Abelein, Manfred:	Recht auf Bildung, DÖV 1967, S. 375 ff
Anders, J.:	Freiheitsentziehung durch den Inhaber der elterlichen Gewalt, FamRZ 1960, S. 475 ff
Angerer, Helmut:	Die verfassungsrechtliche Stellung des Jugendlichen (Diss. Würzburg 1959)
Arnold, Egon:	Erfahrungen mit und Gedanken zu § 1800 II BGB n.F., FamRZ 1963, S. 484 f
Bachof, Otto:	Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek (München 1955), S. 287 ff
-	Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte, Bd. III/1 (Berlin 1958), S. 155 ff
-	Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, AöR Bd. 83 (1958), S. 208 ff
Bärmann, Johannes:	Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht (Berlin - Heidelberg 1968)
Bartholomeyczik, Horst:	Die Kunst der Gesetzesauslegung (2. Aufl. Frankfurt 1960)
Bartsch, Hans-Jürgen:	Reform des Familienrechts in England, FamRZ 1970, S. 356 ff
Bauernfeind, Heinz:	Die Mitgliedschaft in Koalitionen (Düsseldorf 1957)
Baumann, Jürgen:	Unterbringungsrecht (Tübingen 1966)
Becker, Hans-Joachim:	Das Elternrecht im Spiegel der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, FamRZ 1961, S. 104 ff
Becker, Walter:	Zur Frage der Religionsmündigkeit junger Menschen, UJ 1966, S. 543 ff
-	Das Recht auf Erziehung und Persönlichkeitsbildung, RdJ 1966, S. 174 ff
-	Erziehung zu autonomen Verhalten, ZBlJugR 1967, S. 1 ff

Becker, Walter:	Änderung der Vorschriften über Ehemündigkeit und strafrechtliche Verantwortlichkeit? FamRZ 1969, S. 116 ff
Beitzke, Günther:	Familienrecht (15. Aufl. München 1970)
Bettermann, Karl-August:	Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte Bd. III/2 (Berlin 1955), S. 779 ff
-	Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, DÖV 1955, S. 528 ff
Beurmann, Martha:	Erziehungsrecht und Grundrechte der Minderjährigen in der öffentlichen Erziehung, UJ 1963, S. 291 ff
Bierling, Rudolf:	Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe (Gotha 1877)
-	Juristische Prinzipienlehre, 5 Bde. (Tübingen 1894-1917; Neudruck Aalen 1961)
Binder, Julius:	Das Problem der juristischen Persönlichkeit (Leipzig 1907)
Boehmer, Gustav:	Zum Problem der Teilmündigkeit Minderjähriger, MDR 1959, S. 705 ff
Blanke, Ernst-August:	Ausbildungsförderung und Unterhaltsrecht, FamRZ 1969, S. 394 ff
Böning, Wolfgang:	Zwangsunterbringung volljähriger Mündel, NJW 1960, S. 1374
Bogs, Walter:	Stichwort "Vereinigungsfreiheit" I in: AR-Blattei (Stuttgart 1959)
-	Der soziale Rechtsstaat im deutschen Verfassungsrecht, in: Sozialer Rechtsstaat - Weg oder Irrweg?, Schriftenreihe des DBB Heft 31 (Bad Godesberg 1963), S. 44 ff

Bonner Kommentar (BK) zum Grundgesetz: (1. - 25. Lieferung Hamburg 1970)

Bosch, Friedrich Wilh.:	Grundsatzfragen des Beweisrechts (Bielefeld 1963)
-	Aktuelle Probleme des Familien- und Erbrechts, FamRZ 1970, S. 497 ff

Brinz, Alois:	Lehrbuch der Pandekten Bd. I (3. Aufl. Erlangen 1884)
Bruns, Rudolf:	Recht und Pflicht als Korrespondenzbegriffe des Privatrechts, in: Festschrift für Nipperdey (München-Berlin 1965) Bd. I, S. 3 ff
Bühler, Ottmar:	Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung (Berlin-Stuttgart-Leipzig 1914)
-	Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek (München 1955), S. 269 ff
Conrad, Hermann:	Individuum und Gemeinschaft in der Privatrechtsordnung des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts (Karlsruhe 1956)
Dahm, Georg:	Deutsches Recht (2. Aufl. Stuttgart 1963)
Dallinger/Lackner:	Jugendgerichtsgesetz (2. Aufl. München-Berlin 1965)
Deynet, Karl August:	Die Rechtstellung des nasciturus und der noch nicht erzeugten Person im deutschen, französ., engl. und schott. bürgerlichen Recht (Frankfurt-Berlin 1960)
Dietz, Rolf:	Deutsches Personen-, Familien- und Erbrecht Bd. I (Berlin 1943)
-	Betriebsverfassungsgesetz (2. Aufl. München und Berlin 1955)
-	Koalitionsfreiheit, in: Die Grundrechte Bd. III/1 (Berlin 1958), S. 417 ff
Dölle, Hans:	Familienrecht Bd. II (Karlsruhe 1965)
Dreher, Eduard:	Strafgesetzbuch (32. Aufl. München-Berlin 1970)
Dronsch, Gerhard:	Honnefer Studentenförderung und elterliche Unterhaltspflicht, JZ 1962, S. 346 ff
Dürig, Günter:	Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift für Nawiasky (München 1956), S. 157 ff

Dürig, Günter:	Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81, S. 117 ff
Dunz, Walter:	Grundrecht und Bevormundung, JZ 1960, S. 475 f
Ebhardt, Horst:	Zur Frage der Herabsetzung des Volljährigkeitsalters, in: Mitteilungen der AGJJ Heft 59 (1970), S. 26 ff
Egger, August:	Das Familienrecht, Komm. z. Schweiz. ZGB (2. Aufl. Zürich 1936-1952)
Ehmke, Horst:	Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL Bd. 20 (1963), S. 53 ff
Endemann, Friedrich:	Stichworte "Anspruch" und "Rechtsfähigkeit" in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (hrsg. v. Stier-Somlo u. Elster) Bde. I u. IV (1927)
Engelhardt, Hanns:	Das Lebensrecht des nasciturus und das Verbot der Schwangerschaftsunterbrechung, FamRZ 1958, S. 266 ff
-	Ethische Indikation und GG, FamRZ 1963, S. 1
Engisch, Karl:	Einführung in das juristische Denken (2. Aufl. Stuttgart 1959)
Enneccerus/Nipperdey:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. I/1 (15. Aufl. Tübingen 1959)
Erman, Walter (Hrsg.):	Handkommentar zum BGB (3. Aufl. Münster 1962)
Esser, Josef:	Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates (Wien 1949)
Evers, Hans-Ulrich:	Zur Auslegung von Art. 2 Abs. I des Grundgesetzes, AöR 90 (1965), S. 88 ff
Fabricius, Fritz:	Relativität der Rechtsfähigkeit (München-Berlin 1963)
-	Gedanken zur höchstrichterlichen Rechtsprechung betreffend den Nasciturus, FamRZ 1963, S. 403 ff
Farthmann, Friedhelm:	Anmerkung z. Urt. d. LG Frankfurt v. 3.5.1963 NJW 1963, S. 1982 f
Fechner, Erich:	Die soziologische Grenze der Grundrechte (Tübingen 1954)

Feuchte, Paul:	Wer entscheidet über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht? DÖV 1965, S. 661 ff
Fischer, Erwin:	Trennung von Staat und Kirche (München 1964)
Forsthoff, Ernst:	Lehrbuch des Verwaltungsrechts - Allg. Teil (9. Aufl. München-Berlin 1966)
Friedrichs, Karl:	Der Allg. Teil des Rechts (Berlin-Leipzig 1927)
Füßlein, Werner:	Vereins- und Versammlungsfreiheit, in: Die Grundrechte Bd. II (Berlin 1954), S. 425 ff
Gefaeller, Wolfgang:	Entstehung und Bedeutungswandel der Arbeitsmündigkeit - § 113 BGB (Berlin 1968)
Geiger, Willi:	Die Wandlung der Grundrechte, in: Gedanke und Gestalt des demokrat. Rechtsstaates (hrsg. v. Imboden, Wien 1965), S. 9 ff
Gentz, Manfred:	Die Unverletzlichkeit der Wohnung (Berlin 1968)
Gernhuber, Joachim:	Elterliche Gewalt heute, FamRZ 1962, S. 89 ff
-	Lehrbuch des Familienrechts (München-Berlin 1964)
Giese/Schunck:	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (7. Aufl. Frankfurt 1965)
Glässing, H.:	Kann der Vormundschaftsrichter die Erstbestimmung der Religion des Kindes vornehmen? FamRZ 1962, S. 350 ff
v. Gneist, Rudolf:	Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland (3. Aufl. Neudruck Darmstadt 1958)
Grünwald, Gerald:	Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht, in: Arzt und Recht (München 1966), S. 125 ff
Grüter, Stephan:	Der minderjährige Soldat (Diss. Köln 1966)
-	Zur Wehrpflicht der Minderjährigen NJW 1967, S. 716 f
Grundmann, Siegfried:	Staat und Kirche in Bayern, BayVBl. 1962, S. 33 ff
Gschwendtner, Hubert:	Der Begriff der jur. Person im Verfassungsrecht und die Stellung des Art. 19 III GG im Wertsystem der Grundrechte (Diss. München 1968)

Häberle, Peter:	Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG (Karlsruhe 1962)
Hamann, Andreas:	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (2. Aufl. Berlin-Neuwied 1960)
Hamann/Lenz:	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (3. Aufl. Berlin-Neuwied 1970)
Hamel, Walter:	Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat (Berlin 1957)
Hampel, Herbert:	Rechtliche Probleme der Heim- und Anstaltsunterbringung Minderjähriger in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, FamRZ 1963, S. 537 ff
Hansmann, Klaus:	Der Elternbegriff des Art. 6 II GG, FamRZ 1962, S. 452 ff
Haugg:	Zur Rechtssituation des Religionsunterrichts, RWS 1961, S. 300 f
Heck, Philipp:	Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (Tübingen 1932)
Heckel/Seipp:	Schulrechtskunde (2. Aufl. Berlin-Neuwied 1960)
Heldrich, Andreas:	Der Deliktsschutz des Ungeborenen, JZ 1965, S. 593 ff
Henke, Wilhelm:	Das subjektive öffentliche Recht (Tübingen 1968)
Henrich, Dieter:	Familienrecht (Berlin 1970)
Herzog, Roman:	Der Verfassungsauftrag zum Schutze des ungeborenen Lebens, JR 1969, S. 441 ff
Hesse, Konrad:	Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (2. Aufl. Karlsruhe 1968)
v. Hippel, Fritz:	Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts (Tübingen 1957)
Hirsch, Michael:	Entzug und Beschränkung des elterlichen Sorgerechts (Berlin-Neuwied 1965)
Höcker, Lorenz:	Die Jugendvertretung nach dem Betriebsverfassungsgesetz, BB 1953, S. 564

Hölder, Eduard:	Natürliche und juristische Personen (Leipzig 1905)
Hoffmann, Diether:	Der Beitritt minderjähriger Arbeitnehmer zu einer Gewerkschaft, BB 1965, S. 126 ff
Hofmann, Werner:	Die religiöse Kindererziehung in verfassungsrechtlicher Sicht, FamRZ 1965, S. 61 ff
Huber, Ernst Rudolf:	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2 Bde. (2. Aufl. Tübingen 1953)
Hueck/Nipperdey:	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I (7. Aufl. Berlin-Frankfurt 1963) Bd. II/1 (1967), Bd. II/2 (1970)
v. Ihering, Rudolf:	Der Geist des römischen Rechts Bd. III (4. Aufl. Leipzig 1888)
James, Philip S.:	Introduction to English Law (4. Aufl. London 1959)
Jansen, Paul:	Freiwillige Gerichtsbarkeit - Komm. Bd. I (2. Aufl. Berlin 1969)
Jellinek, Georg:	Allgemeine Staatslehre (3. Aufl. 1914; Neudruck Darmstadt 1959)
-	System der subjektiven öffentlichen Rechte (2. Aufl. Tübingen 1919; Neudruck Aalen 1964)
Jescheck, Hans-Heinrich:	Lehrbuch des Strafrechts - Allg. Teil (Berlin 1969)
Kant, Immanuel:	Werke (hrsg. v. Cassirer) Bd. VII (Berlin 1916)
Kaskel/Dersch:	Arbeitsrecht (5. Aufl. Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957)
Kaufmann, Arthur:	Analogie und "Natur der Sache" (Karlsruhe 1965)
Keidel, Helmut:	Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Diss. Köln 1964)
Keidel/Keidel:	Freiwillige Gerichtsbarkeit - Komm. (9. Aufl. München-Berlin 1967)
Keilhacker:	Die Entwicklung des heranwachsenden Menschen zur Persönlichkeit, in: Löffler, Persönlichkeitsschutz und Meinungsfreiheit (München-Berlin 1959), S. 40 ff

Kelsen, Hans:	Zum Begriff der Norm, in: Festschrift für Nipperdey (München-Berlin 1965) Bd. I, S. 57 ff
Kipp, Theodor:	Die religiöse Kindererziehung nach Reichsrecht, in: Festgabe für Wilhelm Kahl (Tübingen 1923), S. 1 ff
Klenner, Hermann:	Studien über die Grundrechte (Berlin 1964)
Kohlhaas:	Elterliche Ablehnung der Operationseinwilligung trotz Notwendigkeit zur Lebenserhaltung des Kindes, Dt. med. Wochenschr. 1965, S. 46 f
Kowalewsky, Wolfram:	Beiträge der Entwicklungspsychologie zur Frage der Mündigkeit, RdJ 1962, S. 260 ff
Krause, Peter:	Die Willenserklärungen des Bürgers im Bereich des öffentlichen Rechts, VerwArch. Bd. 61 (1970), S. 297 ff
Kroll, Ingrid:	Personensorge und Freiheitsentzug (Diss. Bonn 1967)
Krüger, Hildegard:	Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt, FamRZ 1956, S. 329 ff
Krüger/Breetzke/Nowack:	Gleichberechtigungsgesetz (München-Berlin 1958)
Kruse, Wilhelm:	Steuerrecht I - Allg. Teil (München-Berlin 1966)
Kube, Dietmar:	Zur Problematik des Gewerkschaftsbeitritts eines Minderjährigen, DB 1968, S. 1126 ff
Kübler, Friedrich:	Studienkosten und elterliche Unterhaltspflicht, JZ 1966, S. 736 ff
Kühl/Braasch:	Ist eine erweiternde Auslegung des § 19 II RuStAG geboten? StAZ 1961, S. 213
Kuhn, Gustav:	Grundrechte und Minderjährigkeit (Berlin-Neuwied 1965)
Kuhnke:	Pflicht zur Operation, JW 1934, S. 524 ff
Laband, Paul:	Staatsrecht Bd. I (5. Aufl. Tübingen 1911)
Lange, Heinrich:	BGB - Allg. Teil (11. Aufl. München-Berlin 1969)
Larenz, Karl:	Rechtsperson und subjektives Recht, in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft (Berlin 1935)

Larenz, Karl:	Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung (Karlsruhe 1965)
-	Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts (München-Berlin 1967)
-	Methodenlehre der Rechtswissenschaft (2. Aufl. Berlin-Heidelberg-New York 1969)
Laufs, Adolf:	Haftung für Nachkommenschaftsschäden nach § 823 BGB, NJW 1965, S. 1053 ff
Lehmann/Henrich:	Deutsches Familienrecht (4. Aufl. Berlin 1967)
Lehmann/Hübner:	Allgemeiner Teil des BGB (15. Aufl. Berlin 1966)
Leibholz/Rinck:	Grundgesetz-Kommentar an Hand der Rechtsprechung des BVerfG (Köln 1966)
Leisner, Walter:	Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung (Tübingen 1964)
-	Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung, JZ 1964, S. 201 ff
Lencker, Theodor:	Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStrW Bd. 72 (1960), S. 446 ff
Lent/Habscheid:	Freiwillige Gerichtsbarkeit (4. Aufl. München-Berlin 1962)
Leuschner, Albrecht:	Das Recht der Schülerzeitungen (Berlin 1966)
Lichter/Hoffmann:	Staatsangehörigkeitsrecht (3. Aufl. Köln-Berlin-Bonn-München 1966)
Lindacher, Walter:	Der Minderjährigen-Vormund als Grundrechtsinhaber, FamRZ 1964, S. 116 ff
Lindemann:	Körper und Name des Menschen, DVBl. 1957, S. 37 ff
Liske, Klaus:	Elternrecht und staatliches Schulerziehungsrecht (Diss. Münster 1966)
Lücken, Kurt:	Die Altersstufen in der Rechtsordnung, JugWohl 1966, S. 28 ff
Luther, Gerhard:	Ehemündigkeit - Volljährigkeit - Strafmündigkeit (Berlin-Neuwied 1961)

Luther, Gerhard: Änderung des Volljährigkeitsalters? FamRZ 1969, S. 113 ff

Maihofer, Werner: Der Unrechtsvorwurf, in: Festschrift für Theodor Rittler (Aalen 1957), S. 141 ff

Makarov, Alexander: Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht (Frankfurt-Berlin 1966)

v.Mangoldt/Klein: Das Bonner Grundgesetz (2. Aufl. Berlin-Frankfurt 1957)

Mansfeld, Richard: Der publizistische Reaktionsanspruch und sein Rechtsschutz im Herzogtum Braunschweig (Braunschweig 1895)

Mattern, Karl-Heinz: Petitionsrecht, in: Die Grundrechte Bd. II (Berlin 1954), S. 623 ff

Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht (16. Aufl. München 1968)

Maunz/Dürig/Herzog: Grundgesetz (1. - 11. Lieferung München 1970)

Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein: Bundesverfassungsgerichtsgesetz (1. u. 2. Lieferung München-Berlin 1967

Maurer, Hartmut: Das privatrechtliche Unterbringungsrecht und Art. 104 GG, FamRZ 1960, S. 468 ff

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht (3. Aufl. 1924)

Mayer-Maly, Theo: Die Grundlagen der Aufstellung von Altersgrenzen durch das Recht, FamRZ 1970, S. 617 ff

Menger, Christian-Friedrich: Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, Bd. III/2 (Berlin 1959), S. 717 ff

Merten, Detlef: Gedanken zur Demonstrationsfreiheit MDR 1968, S. 621 ff

Merz, Hans: Anfang und Ende der Persönlichkeit, ZSchweizR Bd. 76 (1957), S. 321 ff

Michaelis, Karl: Die Überwindung der Begriffe Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit, DRW 1937, S. 301 ff

Motive zu dem Entwurf eines BGB Bd. I (2. Aufl. Berlin 1896), Bd. IV (Berlin-Leipzig 1888)

Müller, Friedrich:	Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des BVerfG (Berlin 1968)
Müller-Freienfels, Wolfram:	Die Vertretung beim Rechtsgeschäft (Tübingen 1955)
Mugdan, Benno:	Die gesamten Materialien zum BGB Bd. IV (Berlin 1899)
Nawiasky, Hans:	Allgemeine Rechtslehre (2. Aufl. Einsiedeln-Zürich-Köln 1948)
Nawiasky/Lechner:	Die Verfassung des Freistaates Bayern - Ergänzungsband (München 1953)
Neuer, Ferdinand Karl:	Der Mensch zwischen Zeugung und Geburt als Rechtssubjekt (Köln 1961)
-	Der privatrechtliche Schutz der Leibesfrucht gegen rechtswidrige Angriffe, RdJ 1963, S. 305 ff
Neumann, Franz:	Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung (Berlin 1932)
Neumann, Franz L.:	Zum Begriff der politischen Freiheit, in: ZgesStW Bd. 109 (1953), S. 25 ff
Nikisch, Arthur:	Arbeitsrecht Bd. II (2. Aufl. Tübingen 1959)
Nipperdey, Hans Carl:	Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung - ein Beitrag zur Auslegung der Grundrechte, RdA 1950, S. 121 ff
-	Die Würde des Menschen, in: Die Grundrechte Bd. II (Berlin 1955), S. 1 ff
-	Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Die Grundrechte Bd. IV/2 (Berlin 1962), S. 741 ff
Oertmann, Paul:	Bürgerl. Gesetzbuch (Komm.) Allg. Teil (3. Aufl. Berlin 1927)
Palandt, Otto (Hrsg.):	Bürgerliches Gesetzbuch (29. Aufl. München-Berlin 1970)
Pawlowski, Hans-Martin:	Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen (Göttingen 1966)
-	Die Ansprüche des Vermieters eines Kfz gegen den minderjährigen Mieter, JuS 1967, S. 302 ff

Perschel, Wolfgang:	Meinungsfreiheit des Schülers (Berlin-Neuwied 1962)
-	Grundrechtsmündigkeit und Elternrecht, RdJ 1963, S. 33 ff
Peters, Hans:	Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in: Die Grundrechte Bd. IV/1 (Berlin 1960), S. 369 ff
Philipp, Wolfgang:	Rechtsanspruch auf öffentliche Ausbildungsförderung? FamRZ 1969, S. 10 ff
Podlech, Adalbert:	Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse (Berlin 1969)
Prahl, Werner:	Erziehung - Freiheitsentziehung? NJW 1964, S. 530 ff
Raiser, Ludwig:	Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, ZHR Bd. 111 (1948), S. 75 ff
-	Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, JZ 1961, S. 465 ff
van Randenborgh:	Die Bedeutung des § 1800 II BGB für die Freiwillige Erziehungshilfe, ZBlJuR 1963, S. 40 ff und S. 67 ff
Rauschert, Klaus:	Freiheitsentziehung und Erziehungsrecht, RdJ 1960, S. 369 ff
-	Zur Stellung von Vormund und Pfleger nach dem GG, ZBlJuR 1962, S. 152 ff
Reimers, Walter:	Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht (Hamburg 1958)
-	Das Grundgesetz und das Privatrecht, MDR 1967, S. 533 ff
Reisnecker, Helmut:	Das Grundrecht der Meinungsfreiheit und die Schranken der allgemeinen Gesetze im Sinne des Art. 5 II GG (Diss. München 1960)
Remplein, Heinz:	Die seelische Entwicklung des Menschen im Kindes- und Jugendalter (15. Aufl. München-Basel 1967)
-	Psychologie der Persönlichkeit (München-Basel 1954)
Reuter, Dieter:	Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt (Berlin 1968)
-	Die Grundrechtsmündigkeit - Problem oder Scheinproblem? FamRZ 1969, S. 622 ff

Reuter u. Säcker:	Herausgabe von Kindern in die Sowjetzone, NJW 1965, S. 2037 ff
Rhode, Heinz:	Juristische Person und Treuhand (Berlin 1932)
Riedel, Hermann:	Jugendwohlfahrtsgesetz (4. Aufl. Berlin 1965)
Rosenberg/Schwab:	Zivilprozeßrecht (10. Auflage München 1969)
Rupp, Hans Heinrich:	Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre (Tübingen 1965)
Savaête, Eugen:	Die Jugendvertretung in der Betriebsverfassung, DB 1954, S. 46 ff
v. Savigny, Friedrich Carl:	System des heutigen römischen Rechts, 8 Bde. (Berlin 1840-1863)
Schatter:	Die Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters an Minderjährige, in Arbeit zu treten (§ 113 BGB), RdA 1951, S. 445 ff
Schätzel, Walter:	Das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht (2. Aufl. Berlin 1958)
Scheffler, Erna:	Ehe und Familie, in: Die Grundrechte Bd. IV 1. Halbbd. (Berlin 1960), S. 245 ff
Schelsky, Helmut:	Die skeptische Generation (Düsseldorf 1957)
Schlegelberger, Franz:	Kommentar z. FGG, 2 Bde. (7. Aufl. Köln-Berlin 1956)
v. Schlotheim, Hans-Hartmann:	Mündigkeitsprobleme, RdJ 1962, S. 257 ff
Schmidt, Rudolf:	Der Schutz der Leibesfrucht gegen unerlaubte Handlung, JZ 1952, S. 167 ff
-	Anmerkung zum Urteil des BGH v. 20.12.1952, JZ 1953, S. 308
-	Besprechung von Wolf/Naujoks (Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit) in: AcP Bd. 155 (1956), S. 73 ff
Schmidt, Walther Wieland:	Grundrechte und Nationalität juristischer Personen (Heidelberg 1966)
Schneider, Heinz:	Die öffentliche Jugendhilfe zwischen Eingriff und Leistung (Berlin-Neuwied 1964)

Schnitzerling, Manfred: Sorgerecht gegenüber fast volljährigen Kindern, RdJ 1964, S. 262 f

- Der Verlust der Staatsangehörigkeit durch Minderjährige, StAZ 1964, S. 122 ff

- Können Eltern uneingeschränkt auf Berufsausbildung und Berufsausübung ihrer fast volljährigen Kinder Einfluß nehmen? RdJ 1966, S. 164 f

Schnorr von Carolsfeld, Ludwig: Arbeitsrecht (2. Aufl. Göttingen 1954)

Schönfeld, Walther: Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts, in: Reichsgericht-Festgabe (Berlin-Leipzig 1929) Bd. II, S. 191 ff

Scholler, Heinrich: Die Freiheit des Gewissens (Köln 1958)

Schorn, Hubert: Kommentar zur Europ. Konvention zum Schutz der Menschenrechte u. Grundfreiheiten (Frankfurt 1965)

Schüler-Springorum, Horst: Die Bedeutung des Art. 104 GG für die Freiwillige Erziehungshilfe, FamRZ 1961, S. 296 ff

Schuler, Karl-Heinz: Freiheitsentzug zur Erziehung, RdJ 1961, S. 23 ff

- Nochmals: Freiheitsentzug zur Erziehung, RdJ 1962, S. 47

Schwab, Dieter: Gedanken zur Reform des Minderjährigenrechts und des Mündigkeitsalters, JZ 1970, S. 745 ff

Schwarzhaupt, Elisabeth: Das Familienrechts-Änderungsgesetz von 1961, FamRZ 1962, S. 49 ff

Seiwerth, Jakob: Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen (Berlin 1962)

Selb, Walter: Schädigung des Menschen vor der Geburt - ein Problem der Rechtsfähigkeit? AcP 166 (1966), S. 76 ff

Soergel/Siebert (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch (9. Aufl. Stuttgart 1959)

Somlo, Felix: Juristische Grundlehre (2. Aufl. Leipzig 1927)

Stammler, Rudolf: Wirtschaft und Recht (4. Aufl. Leipzig 1921)

v. Staudinger (Hrsg.): Kommentar zum BGB (11. Aufl. Berlin 1957 ff)

Stein, Ekkehart:	Lehrbuch des Staatsrechts (Tübingen 1968)
Stein/Jonas/Schönke/Pohle:	Komm. zur ZPO (18. Aufl. Tübingen 1953-1960)
Stör, Eckart:	Der Deliktschutz des Ungeborenen (Diss. München 1968)
Stoll, Hans:	Zur Deliktshaftung für vorgeburtliche Gesundheitsschäden, in: Festschrift für Nipperdey (München-Berlin 1965) Bd. I, S. 739 ff
Stree, Walter:	Deliktsfolgen und Grundgesetz (Tübingen 1960)
Tammelo, Ilmar:	Untersuchungen zum Wesen der Rechtsnorm (1947)
Thibaut, A.F.J.:	System des Pandektenrechts (7. Aufl. Jena 1828)
Thon, August:	Rechtsnorm und subjektives Recht (Weimar 1878; Neudruck Aalen 1964)
Topitsch, Ernst:	Restauration des Naturrechts? - Sachgehalte und Normsetzungen in der Rechtstheorie, in: Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft (Neuwied 1961), S. 53 ff = ARSPh 1958, S. 189 ff
v. Tuhr, Andreas:	Der Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. I (1910; Neudruck Berlin 1957)
Ule, Carl Hermann:	Verwaltungsprozeßrecht (4. Aufl. München-Berlin 1966)
Ulsenheimer, Klaus:	Das Personensorgerecht der Eltern im Widerstreit mit dem Gewissen und dem StGB, FamRZ 1968, S. 568 ff
van der Ven, Frans:	Soziale Grundrechte (Köln 1963)
Weimar, Wilhelm:	Die Arbeitsmündigkeit Minderjähriger, ArbuR 1954, S. 307
-	Die partielle Geschäftsfähigkeit des Arbeitsmündigen, MDR 1963, S. 651 ff
-	Die Durchsetzung von Anordnungen kraft elterlicher Gewalt, MDR 1964, S. 21 f
Weiß, Carl:	Artikel "Die Familie", in: Hdb. d. Soziologie (hrsg. von Ziegenfuß, Stuttgart 1956), S. 892 ff

Weitnauer, H.:	Fragen der ärztlichen Verantwortlichkeit in zivilrechtlicher Sicht, Betrieb 1961, Beilage Nr. 21 zu Nr. 51/52 S. 1 ff
Welzel, Hans:	Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Naturrecht oder Rechtspositivismus (hrsg. von Werner Maihofer, Darmstadt 1962), S. 322 ff
Wertenbruch, Wilhelm:	Grundgesetz und Menschenwürde (Köln 1958)
Weyer, Friedhelm:	Bedarf die Anstaltsunterbringung unehelicher Kinder der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung? FamRZ 1968, S. 188 ff
Windscheid, Bernhard:	Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts (1856)
Windscheid/Kipp:	Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I (9. Aufl. Frankfurt 1906)
Wintrich, J.M.:	Die Bedeutung der "Menschenwürde" für die Anwendung des Rechts, BayVBl. 1957, S. 137 ff
Wittig, Peter:	Der Erwerb von Eigentum und das Grundgesetz, NJW 1967, S. 2185 ff
Wolf/Naujoks:	Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen (Frankfurt 1955)
Wolff, Hans Julius:	Organschaft und juristische Person Bd. I: Jur. Person u. Staatsperon (Berlin 1933) Bd. II: Theorie der Vertretung (Berlin 1934)
-	Verwaltungsrecht I (7. Aufl. München-Berlin 1968)
-	Verwaltungsrecht III (München-Berlin 1966)
Woltereck, Frank:	Der Gewerkschaftsbeitritt Minderjähriger, ArbuR 1965, S. 193 ff S. 237 ff und S. 263 ff
Zacher, Hans F.:	Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege (Köln 1964)
-	Soziale Gleichheit, AöR Bd. 93 (1968), S. 341 ff
-	Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland (München-Wien 1968)

LEBENSLAUF

Am 2. Oktober 1941 wurde ich als Sohn des Sparkassenangestellten Richard Höhnberg und seiner Ehefrau Erika, geb. Beier, in Pitschen (Oberschlesien) geboren. Mein Vater ist im Zweiten Weltkrieg gefallen.

Nach fünf Klassen Volksschule in Sindelsdorf, Landkreis Weilheim (Oberbayern), besuchte ich neun Jahre die Oberrealschule in Weilheim und legte dort 1961 die Reifeprüfung ab. Anschließend studierte ich Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität in München (acht Semester) und an der Universität des Saarlandes (drei Semester).

Am 15. Dezember 1965 legte ich in München die erste juristische Staatsprüfung ab. Während meines Vorbereitungsdienstes als Rechtsreferendar, den ich in Weilheim und München ableistete, studierte ich ein Semester an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer. Am 22. Februar 1971 bestand ich in München die zweite juristische Staatsprüfung.

Seit 1. April 1971 bin ich als Regierungsrat z.A. im Bayerischen Staatsministerium für Landesentwicklung und Umweltfragen tätig.